

UNIVERSITÉ DE PARIS

---

FACULTÉ DE DROIT

---

DE LA

SPÉCIALITÉ DE L'HYPOTHÈQUE  
CONVENTIONNELLE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Gabriel TACQUET



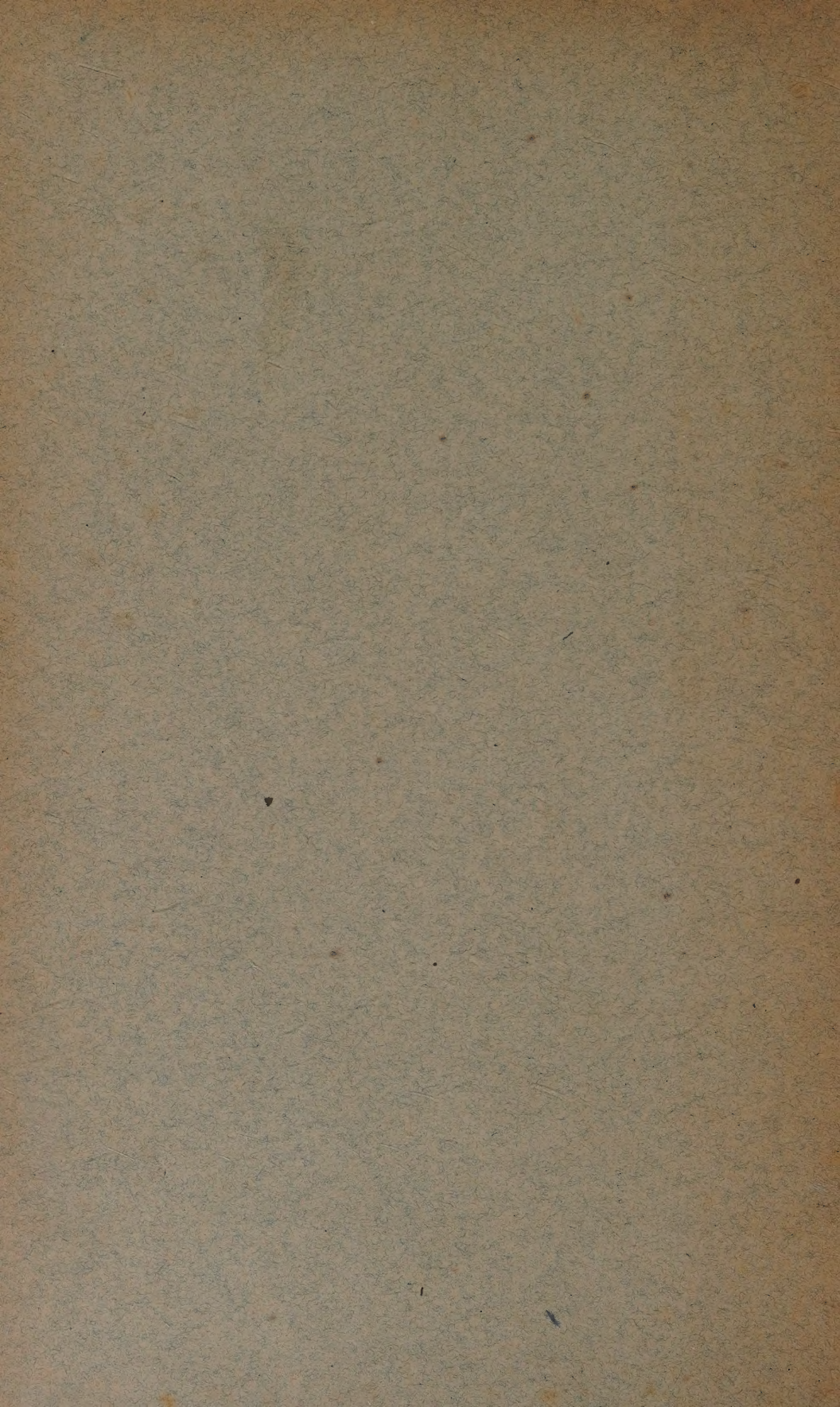
LILLE

IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER

78, rue de l'Hôpital-Militaire, 78

---

1897







THÈSE  
POUR LE DOCTORAT



UNIVERSITÉ DE PARIS

---

FACULTÉ DE DROIT

---

DE LA

SPECIALITÉ DE L'HYPOTHÈQUE  
CONVENTIONNELLE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue devant la Faculté de Droit de Paris  
le Mercredi 24 Novembre 1897, à deux heures et demie*

PAR

**Gabriel TACQUET**

PREMIER CLERC DE NOTAIRE



*Président : M. PLANIOL.*

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.  
SALEILLES, agrégé.*

---

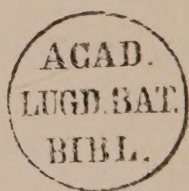
LILLE

IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER

78, rue de l'Hôpital-Militaire, 78

1897

La Faculté n'entend donner aucune approbation  
ni improbation aux opinions émises dans les  
thèses; ces opinions doivent être considérées comme  
propres à leurs auteurs.



A MA FEMME

A MES PARENTS

A MES MAITRES

A MES AMIS



## INTRODUCTION

Persil a donné de notre principe de la spécialité hypothécaire une heureuse définition. La spécialité consiste dans « la désignation précise par l'acte constitutif des immeubles exclusivement soumis à l'hypothèque et dans la détermination exacte dans le même acte de la valeur de la créance à laquelle est attachée l'inscription ».

L'hypothèque spéciale est donc celle qui porte sur un ou plusieurs immeubles déterminés (spécialité quant au gage), pour sûreté d'une créance déterminée (spécialité quant à la créance).

A l'hypothèque spéciale quant au gage s'oppose l'hypothèque générale ; à l'hypothèque spéciale quant à la créance s'oppose l'hypothèque indéterminée.

Et ainsi, la généralité consistera dans l'affectation de l'ensemble ou d'une quote-part d'un patrimoine actif, tantôt se restreignant aux biens qui appartiennent au débiteur lors de la convention, tantôt embrassant même ceux qu'il pourra recueillir ultérieurement (biens à venir) ; et l'indétermination consistera dans l'affectation de ce gage hypothécaire

à la sureté d'une créance dont l'existence est certaine (1), mais dont le chiffre ne peut dès à présent être évalué.

La spécialité précise et délimite la portion du patrimoine immobilier qui sera affectée à la garantie d'une créance exactement déterminée.

Ce principe de la spécialité est de l'essence même de l'hypothèque conventionnelle : c'est là un de ses caractères propres qui la distinguent plus particulièrement des hypothèques légales et de l'hypothèque judiciaire.

Il est à remarquer que Persil, dans la définition rapportée plus haut, ne nous parle que de la spécialité dans l'acte constitutif d'hypothèque. Il est pourtant bien évident que cette spécialité dans l'acte constitutif se reflètera dans l'inscription hypothécaire (2) qui portera pour une somme déterminée sur un immeuble déterminé.

Il s'agit alors non plus d'une question de spécialité mais d'une question de publicité ; (3) la spécialité étant ici un élément de la publicité qui permet aux

---

(1) Faisons remarquer dès maintenant, qu'il faut se garder de confondre la créance conditionnelle qui est incertaine quant à l'existence avec la créance indéterminée certaine quant à l'existence, incertaine quant à la valeur. (Voir plus loin, pages 156 et suiv.).

(2) Voir art. 2418 C. c., 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup>.

(3) Colmet de Santerre. Cours analytique de Code civil, tome IX, p. 186.

tiers de savoir que le débiteur a constitué des hypothèques, mais encore qu'il a hypothéqué tel bien et pour telle somme. La spécialité dans l'inscription contribue à donner à la publicité hypothécaire le caractère de rigueur et de précision qui lui est nécessaire.

Ce serait sortir de notre sujet et traiter de la publicité hypothécaire que de nous occuper de la spécialité dans l'inscription, et c'est à bon droit que Persil a défini la spécialité « la désignation précise par l'*acte constitutif*..... »

Nous nous permettons de regretter que le nouveau projet de loi sur la réforme hypothécaire déposé par M. le Ministre de la Justice, sur le bureau du Sénat, le 27 octobre 1896, n'ait pas su éviter cette confusion.

L'article 17 de ce projet porte que : « Toute hypothèque soit légale, soit conventionnelle, doit être inscrite au bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens.

» L'inscription ne peut être prise que pour une somme fixe et sur des immeubles désignés.

» A défaut....

» Les articles 2112, **2129** et 2130 du Code civil sont abrogés. »

Abroger l'article 2129 c'est supprimer la mention dans notre Code du principe de la spécialité dans l'acte constitutif d'hypothèque. Sans doute l'article

17 du projet pose d'une manière absolue le principe de la spécialité dans l'inscription; c'est là organiser un bon système de publicité; c'est même, disons-le en passant, faire un réel progrès dans cette organisation que de l'appliquer aux hypothèques légales jusqu'ici dispensées en principe d'inscription, mais ce n'est pas organiser à proprement parler la spécialité hypothécaire.

Au surplus, c'est là une simple inadvertance et la pensée de l'auteur du projet n'est pas douteuse. L'article 17, est-il dit dans l'exposé des motifs, pose le principe absolu de la publicité et de la spécialité. Il est cependant, à notre avis, utile de réparer cette omission, utile au point de vue théorique et utile au point de vue des conséquences pratiques. En théorie on pourrait concevoir un système qui ne s'occuperait que de l'intérêt des tiers et de la publicité et exigerait la spécialité de l'inscription sans exiger celle de la constitution. On pourrait, à l'inverse, n'exiger la spécialité que dans l'acte constitutif et se dispenser d'avertir les tiers; l'inscription annoncerait l'hypothèque, et pour plus de détails quant à son étendue, les tiers devraient s'en rapporter à l'acte constitutif.

Ce projet paraît consacrer le premier système, mais en réalité il entend exiger la spécialité dans les rapports du débiteur et du créancier (spécialité proprement dite) et la spécialité dans les rapports

avec les tiers (spécialité : élément de publicité). Il importera de rétablir l'article 2129 pour une exacte classification juridique.

D'autant que sa suppression ne va pas, avons-nous dit, sans inconvénients pratiques : l'hypothèque serait nulle en effet par cela seul qu'elle ne serait pas spécialisée, tandis que l'irrégularité de l'inscription n'entraînerait de nullité que s'il en résultait un préjudice pour les tiers ; ce qui serait à rechercher dans chaque espèce.

Nous nous efforcerons pour notre part de bien distinguer la spécialité en tant qu'incorporée à l'inscription et devenue un élément du régime de la publicité d'avec la spécialité dans l'acte constitutif qui régit les rapports du créancier et du débiteur, et qui n'est pas une préface nécessaire de la publicité. C'est cette dernière seule qui fait d'ailleurs l'objet de cette étude.

L'hypothèque se réalise pour ainsi dire en deux actes : La constitution qui la crée et l'inscription qui la publie ; nous envisageons la spécialité dans le premier acte : dans l'acte qui la constitue. Nous savons déjà ce qu'elle est, grâce au commentaire que nous avons brièvement fourni de la définition de Persil.

Demandons-nous maintenant et recherchons quelle est la raison d'être de cette spécialité hypothécaire ; voyons quels en sont les avantages et de

combien ceux-ci dépassent les inconvénients qu'elle peut présenter.

L'hypothèque spéciale s'oppose, avons-nous vu, à l'hypothèque générale et à l'hypothèque indéterminée.

Mais l'hypothèque indéterminée quant au montant de la créance est susceptible d'une détermination facile, grâce à l'évaluation provisoire que permet l'article 2148 du Code civil. Il ne servirait donc guère, pour mieux mettre en relief les caractères de l'hypothèque spéciale, de l'opposer à l'hypothèque indéterminée : une simple différence de quotité dans la créance les sépare et cette différence est facile à combler.

Par contre, un parallèle avec l'hypothèque générale fera mieux ressortir la nature de l'hypothèque spéciale et permettra d'apprécier les avantages et les inconvénients réciproques de l'une et de l'autre, et de déterminer les raisons qui ont fait préférer pour les hypothèques conventionnelles la spécialité à la généralité par les rédacteurs du Code civil.

La spécialité nous apparaît comme avantageuse pour le débiteur, pour le créancier et pour le crédit public.

Grâce à la spécialité, par le seul fait des énonciations exigées dans l'acte constitutif, le débiteur peut se rendre un compte exact de la garantie qu'il

a donnée et de la somme qu'il doit hypothécairement.

Sans la spécialité, un débiteur verrait, à la moindre sûreté réelle exigée de lui par le créancier maître du contrat, son patrimoine entier frappé d'une charge qui alourdirait singulièrement sa marche dans la voie du crédit.

Et cet avantage considérable qu'a le débiteur de n'entraver le fonctionnement régulier de son patrimoine immobilier que dans la limite exacte exigée par la sûreté de son créancier, est sans inconvénient pour celui-ci, puisqu'il peut à la rigueur demander que tous les biens du débiteur lui soient affectés en garantie de sa créance ; il suffit qu'ils le lui soient nominativement.

La meilleure preuve de l'excellence du principe de spécialité est qu'en pratique jamais un créancier n'a semblable exigence ; il n'est pas ou presque pas d'individu obligé à hypothéquer conventionnellement ses biens présents et à venir de telle sorte qu'il arrive au même résultat que par l'hypothèque générale.

En obligeant donc le créancier à se contenter en fait d'une sûreté spéciale, notre principe ménage le crédit du débiteur ; ce dernier conserve libre ses autres immeubles qu'il peut dans la suite aliéner s'il lui plait ou constituer en première hypothèque à de nouveaux créanciers quand de nouveaux besoins se font sentir.

Ainsi le débiteur qui, pour une dette de dix mille francs, hypothéquerait tous ses biens se composant de deux immeubles d'une valeur de quinze mille francs chacun, ne présentera plus qu'une solvabilité douteuse, tandis que s'il avait restreint l'hypothèque à un de ses biens, le créancier y trouverait une garantie suffisante puisqu'elle dépasse de moitié la somme prêtée, et l'autre immeuble fournirait au débiteur le moyen de faire un nouvel emprunt.

Si la spécialité est avantageuse au premier chef pour le débiteur, ce serait une erreur de croire qu'elle soit sans utilité pour le créancier lui-même. Son droit gagne en précision et en certitude ce qu'il perd en étendue. D'autant plus, que le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque garantit par l'affectation de l'immeuble et de chaque portion de l'immeuble le paiement de la créance et de chaque portion de la créance ; et que le créancier à hypothèque spéciale n'a pas à craindre comme le créancier à hypothèque générale, de se voir opposer en cas d'aliénation de l'immeuble par le débiteur le bénéfice de discussion par le tiers détenteur. Il est sûr d'avoir pour lui seul la garantie limitée, mais assurée du bien hypothéqué à son intention spéciale. Il n'a plus à s'inquiéter que des créanciers hypothécaires antérieurs en rang et ayant en gage le même immeuble, et n'aura à craindre que leur préférence en cas d'insolvabilité du débiteur. Il sera

par là, amené à toucher une plus forte somme. Chacun des créanciers sera cantonné sur un immeuble, et l'on évitera souvent la procédure d'ordre pour la distribution des prix ; on la facilitera, en tous cas, par l'heureuse simplification des saisies, adjudications et purge d'immeubles.

La spécialité est en troisième lieu profitable au crédit public. Sans elle, la fortune immobilière serait vite frappée d'une sorte d'inaliénabilité et d'indisponibilité (1). Si l'hypothèque affectait ainsi le patrimoine, les transferts immobiliers seraient gênés, car ils n'offriraient plus de sécurité aux acquéreurs non plus qu'aux prêteurs, qui devraient faire des recherches considérables au bureau des hypothèques, pour savoir l'exacte situation hypothécaire de leur débiteur.

Ces avantages paraissent maintenant évidents à tous, et beaucoup songent à marcher plus avant dans la voie de la spécialité ; nul ne parle de revenir à la généralité hypothécaire.

Il est cependant intéressant de voir combien d'efforts ont été nécessaires pour obtenir cette unanimité. Lors de la discussion du Code civil, ce ne fut que grâce à l'obstination du Tribunal de Cassation, que le principe de la spécialité fut adopté

---

(1) En ce sens Colmet de Santerre ; *loc. cit.*, tome IX, p. 186.

pour les hypothèques conventionnelles ; lors de l'enquête faite en 1841 parmi les Cours et Facultés, au sujet de la réforme du régime hypothécaire, plusieurs d'entre elles, notamment la Faculté de Dijon, n'eurent pas assez d'anathèmes contre le principe de spécialité (1). En 1867, un jurisconsulte distingué, s'élevait encore contre lui, et de nos jours, si la jurisprudence affirme le principe, il n'est pas téméraire de dire qu'elle n'hésite guère à le dénaturer parfois.

Sans vouloir trop entrer dans le détail d'opinions d'ailleurs démodées, voyons quelles objections ont été présentées contre le principe de spécialité ?

On a parfois prétendu s'appuyer sur de grandes règles de droit et invoquer en faveur du principe de généralité, les articles 537 et 544 du Code civil : la spécialité amène à porter atteinte au droit de propriété absolue du débiteur, et se résout en un véritable démembrement du droit de la propriété. Nous pourrions répondre que l'hypothèque générale, qui pèse d'un poids très lourd sur l'ensemble du patrimoine, est autrement gênante pour le droit de propriété.

Mais en quoi ce démembrement du droit de propriété qu'est l'hypothèque spéciale est-il contraire à

---

(1) Voir Martin, documents sur la *Réforme hypothécaire*, t. III, p. 324 et suiv.

la conception que le législateur de 1804 s'est faite de la propriété ? Le propriétaire n'est-il pas libre de grever sa propriété de telles charges réelles que bon lui semble : servitudes et notamment usufruit, hypothèque. Les articles 537 et 544 donnent aux particuliers la libre disposition des biens qui leur appartiennent, mais « sous les modifications établies par les lois » ; et les exigences de la spécialité sont de ces modifications et restrictions apportées par la loi à l'exercice du droit de propriété. Au surplus le débiteur pouvant, par libre convention, hypothéquer ses biens, les hypothèque avec application complète du régime actuel dont la spécialité est un des traits caractéristiques.

Une autre objection tire argument de ce que le créancier chirographaire a pour gage général tous les biens de son débiteur, et cela en vertu de la loi elle-même. Pourquoi le créancier hypothécaire n'aurait-il pas même garantie hypothécaire sur l'ensemble du patrimoine immobilier ? Le crédit du citoyen se compose de tous ses biens et non seulement de ceux qu'il a, mais aussi de ceux qu'il pourra acquérir. De quel droit réduit-on l'action du créancier et la restreint-on à certains biens ? (1)

Cette objection spécieuse repose sur une confu-

---

(1) Locré XVI, p. 349. Rapport de Treilhard, au nom du Conseil d'Etat, au corps législatif (24 ventose an XII).

sion entre l'obligation de payer la dette : obligation personnelle qui grève la personne juridique, le patrimoine, et l'obligation *supplémentaire* : la sûreté réelle accordée par le débiteur. Le créancier hypothécaire reste créancier chirographaire, et comme tel, son débiteur est obligé personnellement sur tous ses biens présents et à venir (1). Mais en plus ce créancier a obtenu une sûreté particulière que le débiteur est libre de limiter et de spécialiser à son gré. En dehors de l'obligation personnelle du débiteur, une sûreté spéciale, accessoire (caution ou hypothèque) peut être accordée ; elle n'est pas de droit commun, et l'article 2092 du Code civil lui reste étranger. Libre d'ailleurs au créancier hypothécaire de poursuivre son remboursement sur le gage général, soit avant de se prévaloir de son hypothèque, soit après, si la vente de l'immeuble hypothéqué n'a pas suffi à le désintéresser.

Nous ne dirons qu'un mot d'une troisième objection présentée contre la spécialité. Le créancier, dit-on, voudra toujours la sûreté la plus entière : l'affectation de tous les biens du débiteur. L'expérience admet ces prévisions, et en pratique, nous l'avons déjà vu, il n'est pour ainsi dire pas d'exemple de créancier réclamant inutilement l'affec-

---

(1) Voir article 2092 du Code civil.

tation de tout le patrimoine à la sureté de son gage. A quoi servirait-il de grever tous les immeubles du débiteur s'il est reconnu que l'affectation hypothécaire d'un seul suffit à le garantir? D'ailleurs le principe de la spécialité est compatible avec une pareille exigence et, grâce à lui, les tiers pourront aisément savoir à quoi s'en tenir sur l'engagement antérieur, parce que l'excédent de valeur des immeubles affectés au-delà de la première créance présentera toujours un gage que le débiteur pourra offrir à un nouveau créancier. (1)

Nous avons réservé pour la fin une dernière objection peut-être plus fondée que les précédentes, mais que la loi du 19 février 1889 a pris elle-même le soin de faire disparaître.

L'hypothèque générale, objectait-on, est plus avantageuse au créancier que la spéciale, car les immeubles spécialement hypothéqués peuvent être engloutis par un tremblement de terre ou anéantis par quelque sinistre qui ferait, avec la chose hypothéquée, disparaître l'hypothèque, démembrément de cette chose. Le créancier hypothécaire n'a plus dès lors d'autre ressource que d'invoquer sa qualité de créancier chirographaire. Au cas d'hypothèque générale, les immeubles se sup-

---

(1) Voir sur ce point, de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'Etat*, t. IV, pp. 194 à 239.

pléeraient les uns les autres; et le gage hypothécaire n'aurait pas la même fragilité (1).

On sait que la loi du 19 février 1889 a décidé que les créanciers hypothécaires seraient, au cas de sinistre, subrogés au sinistré pour l'attribution à leur profit de l'indemnité d'assurance. C'est, à notre avis, par une sorte de fiction que ce résultat a pu être atteint ; car dans la réalité, il est impossible de considérer l'indemnité d'assurance : contre-partie des primes dans le contrat synallagmatique passé entre l'assureur et l'assuré, comme étant représentative du prix de l'immeuble sinistré.

Quoiqu'il en soit, avec le régime des assurances, l'objection faite contre le principe de spécialité se trouve le plus souvent sans objet et la perte par cas fortuit de l'immeuble hypothéqué n'empêche pas l'exercice du droit hypothécaire, grâce à la fiction de survie de l'immeuble hypothéqué, que la loi du 19 février 1889 a équitablement introduite.

Nous avons ainsi exposé les avantages qui assurent au principe de spécialité, une supériorité de moins en moins contestée. Nous ne pouvons que désirer la reconnaissance complète de ce principe et son application même aux hypothèques légales et à l'hypothèque judiciaire, si on croit devoir maintenir cette dernière.

---

(1) Tissandier, *Traité sur le régime hypothécaire*, Paris, 1805, p. 80

Nous n'ignorons pas, en ce qui touche les hypothèques légales, qu'il n'est pas aisé de concilier la légitime protection due aux incapables avec les nécessités du crédit public. Mais la possibilité d'affecter, en cas de nécessité, le patrimoine entier du tuteur et du mari à la garantie des créances de la femme et du mineur, en désignant nominativement tous les immeubles, possibilité combinée avec la faculté, au cas d'insuffisance des biens présents, d'hypothéquer les biens à venir, nous paraît suffisamment rassurante pour les intérêts des incapables.

Cette généralité actuelle des hypothèques légales et de l'hypothèque judiciaire détruit en partie les avantages que donne la spécialité des hypothèques conventionnelles ; la sûreté des transactions est gravement comprise.

On sait que le projet nouveau de M. le Ministre de la Justice donne satisfaction, sous une forme incorrecte, il est vrai, à ces aspirations vers un régime de spécialité pour toutes hypothèques.

Nous verrons à la suite de quelles étapes successives, les législations sont arrivées, partant de la généralité hypothécaire, à reconnaître comme absolu le régime de spécialité.

Ce sera l'objet de notre introduction historique.

## CHAPITRE PREMIER

### HISTORIQUE

Nous nous sommes efforcés, dans notre introduction générale, de montrer que le principe de spécialité hypothécaire était indépendant du principe de publicité ; que les deux principes pouvaient exister réunis ou séparés. C'est à la loi de Brumaire an VII que revient l'honneur d'avoir assigné à la spécialité son véritable rôle. Avant elle, le décret du 9 Messidor an III, qui poussait très loin le principe de publicité, puisqu'il organisait le système des livres fonciers et de la publicité réelle, avait négligé notre principe de spécialité hypothécaire. Et jusque là, quand le principe de spécialité avait été reconnu, il l'avait été comme corollaire de la publicité.

Notre aperçu historique aura pour but de mettre ce point en relief et de faire par là, mieux ressortir le progrès accompli par la loi de Brumaire an VII, et ensuite par le Code de 1804, quand ils ont assigné au principe de spécialité une fonction précise et

particulière, en le dégageant du principe de publicité dont il avait été jusque-là un accessoire et un élément. Cette modification avait été facilitée par la loi de Nivose an II, qui avait séparé publicité et spécialité, mais avait eu le tort grave de méconnaître la spécialité pour s'attacher exclusivement à l'organisation de la publicité hypothécaire.

On sait que l'hypothèque était constituée dans la **législation grecque**, comme elle le fut plus tard dans la législation romaine, par simple pacte (1). Cette absence de formes concordait bien avec le caractère général de ce droit d'équité qu'était le droit grec. Les parties cependant, au point de vue de la preuve, prenaient souvent la précaution de dresser un acte écrit qu'elles signaient avec des témoins et qu'elles déposaient aux mains d'une tierce personne, ordinairement un banquier. Cette convention hypothécaire écrite était ou non annexée à l'acte constitutif de la dette ou conclue par acte spécial.

C'est pour assurer la sécurité du commerce maritime que les Grecs recoururent à l'hypothèque qui devint la garantie du prêt à la grosse (*nauticum fœnus* des Romains). Le contrat de prêt contenait affectation hypothécaire des objets exposés aux

---

(1) Voir pour la législation égyptienne, Revillout : obligations en droit égyptien, pp. 192 et suiv.

risques de la navigation : marchandises, navire et frêt. On pourrait croire que par la force des choses, le principe de spécialité recevait application : une détermination exacte du gage allait ici d'elle-même. Mais même en matière de *nauticum fœnus*, il se pouvait parfaitement que le débiteur dut affecter au remboursement de la somme prêtée, non seulement les objets exposés, mais tous ses autres biens.

D'ailleurs, l'hypothèque devint vite d'un usage général et put s'appliquer à toutes obligations. Elle portait sur des meubles comme sur des immeubles ; et ce n'est que pour les immeubles qu'il y eut en un certain sens application du principe de spécialité.

Cette spécialité dérivait non du désir de borner l'affectation hypothécaire à certains biens nettement déterminés, mais bien du besoin ressenti plus vite d'assurer, par une inscription, la publicité. L'idée d'informer les tiers qu'une hypothèque existe, prit jour avant que fut éprouvée la nécessité de limiter au strict nécessaire l'atteinte portée au crédit du débiteur.

Tous les immeubles du débiteur seront hypothéqués (généralité) ; mais on saura qu'ils le sont (publicité) ; et comme la publicité est spéciale, comme l'inscription doit avoir lieu sur chaque immeuble, la spécialité existera en un certain sens.

La publicité consistait en effet dans la plantation sur l'immeuble hypothéqué d'un poteau ou en la

construction d'une colonne en pierre :  $\sigma\tau\eta\lambda\eta$ . Ces signes matériels étaient désignés sous le nom d' $\sigma\rho\omicron\iota$ . Ils portaient :

- a) le nom du créancier et celui du débiteur ;
- b) l'objet de l'hypothèque : maison, terrain à bâtir, jardin, terre labourable ;
- c) l'indication du montant de la créance garantie.

Ce mode particulier de publicité assurait donc par une voie indirecte la spécialité dans le gage et aussi dans l'inscription. Mais il n'y avait pas spécialité dans la constitution ; et l'hypothèque, malgré l'absence d' $\sigma\rho\omicron\iota$  n'avait pas moins sa valeur entre le jour du contrat et celui de leur plantation. Il faut s'empreser d'ajouter que ce mode de publicité n'existait que dans l'Attique et dans les îles de Syros et d'Amorgos (1).

Il est curieux d'observer cependant que dans certaines autres provinces et villes de la Grèce, on signale l'existence de registres publics où devaient être transcrits les actes de constitution des droits réels immobiliers ; l'hypothèque devait, semble-t-il, se trouver au premier rang de ces actes constitutifs de droits réels, mais nous n'avons de quasi-certitude qu'il en fut ainsi, que pour la ville de Cyzique. En résumé, la spécialité de l'inscription, la spécialité

---

(1) Pour plus de détails, consulter M. Dareste : les inscriptions hypothécaires en Grèce : nouvelle revue historique de droit, année 1885, pp. 2 et suiv.

réalisée par la publicité n'est même pas la règle. L'hypothèque générale est toujours autorisée et pratiquée. Nous en avons la preuve répétée dans les plaidoyers de Démosthène. Le grand avocat athénien y parle fréquemment d'emprunteurs qui hypothèquent toute leur fortune : *την οὐσίαν* (1) ; *τα αὐτοῦ πάντα* (2).

M. Koumanoudis a publié, en 1882, une inscription de l'île d'Amorgos, d'où il résulte que la ville d'Arcésiné avait affecté tous les biens de ses habitants, tant sur terre que sur mer, à la garantie d'un emprunt communal (3) ; il ne paraît pas que les *ἔφοι* aient dû, bien qu'existant à Amorgos, être employées dans ce cas. Nous n'avons pas assez d'éléments pour savoir si, dans les constitutions d'hypothèques générales, on n'avait en vue que tous les biens présents du constituant, ou si, de plus, on y comprenait ses biens à venir. Il est à présumer que dans les contrées où les *ἔφοι* étaient en usage, on devait placer les inscriptions sur les immeubles acquis au fur et à mesure des acquisitions.

De tout ceci, il résulte que si le seul but poursuivi en Grèce était la publicité, on arrivait néanmoins par ricochet, si on peut s'exprimer ainsi, à permettre

---

(1) Discours contre Policlès, § 7, et contre Timothée, § 12.

(2) Discours contre Aphobos II, p. 17.

(3) Bulletin de correspondance hellénique, t. VIII, pp. 23 et 373.

de mesurer avec exactitude l'étendue des charges grevant le patrimoine ; à se rapprocher, dans une certaine mesure, du but de la spécialité. C'est une supériorité, bien légère il est vrai, du droit grec sur le droit romain et sur une grande partie de l'ancien droit français, où comme nous le verrons tout à l'heure, s'il y avait bien quelques hypothèques spéciales, il n'y avait ni de près ni de loin organisation de la spécialité hypothécaire.

Le **droit romain** avait commencé, en fait de suretés réelles, par admettre l'*aliénation fiduciaire* de la chose donnée en gage ; c'était satisfaire au principe de spécialité ; et c'était aussi satisfaire au principe de publicité par la mise du créancier en possession du gage. Il admit ensuite le *gage*, qui avait le même effet au point de vue de ces principes. Mais ces deux formes de suretés réelles, offraient les plus graves inconvénients.

L'aliénation fiduciaire qui se réalisait par le transfert, soit par mancipation, soit par *in jure cessio* de la chose affectée en propriété à la garantie de la créance, entraînait mutation de propriété au profit du créancier. Celui-ci avait bien une garantie complète, mais le débiteur épuisait d'un seul coup tout son crédit sur le bien, et n'avait, pour se le faire restituer après paiement, qu'une simple action personnelle qui ne le mettait pas à l'abri des aliénations consenties par le créancier. Le gage était

spécial; il était public puisque la mise en possession était exigée, mais s'il mettait le débiteur à l'abri d'aliénations malhonnêtes, il tarissait lui aussi la source de crédit chez celui-ci. Et le créancier n'avait pour toute garantie que les interdits possessoires, fragiles et de durée restreinte.

L'*hypothèque* vint après les deux sûretés précédentes; mais si elle présentait sûreté pour le créancier et moindre gêne pour le débiteur, elle avait l'inconvénient d'être occulte et très souvent générale. L'*hypothèque* se constitue par simple pacte; le consentement transfère ici un démembrement de la propriété. Elle est, en principe, conventionnelle; mais il est une *hypothèque testamentaire*, des *hypothèques légales*, une *quasi-hypothèque judiciaire*.

L'*hypothèque générale* était ou plutôt devint fréquente. A l'origine, à raison de ses nombreux rapports avec le gage, l'*hypothèque* paraît avoir été spéciale; mais bientôt le besoin se manifesta d'engager un ou plusieurs de ses biens. Dans le cas d'*hypothèque* de tous les biens, il fallut d'abord convention expresse pour qu'on y put comprendre les biens que le débiteur acquerrait par la suite : les biens à venir. Mais une fois cette convention admise, on en usa et on en abusa au point qu'elle ne tarda pas à devenir une clause de style (Paul Sent. V. 6, 16). « *Omnia quae habeo et habiturus sum.* » *Biens présents et à venir*, telle fut la formule usitée.

En présence d'un usage aussi constant, Justinien trancha le doute qui pourrait résulter de certaines formules, telles que celles-ci : « *res meas suppono* », dans le sens de la constitution présumée des biens à venir (1).

L'hypothèque portait, à Rome, aussi bien sur les meubles que sur les immeubles ; rien ne s'opposait à ce qu'on engageât un ensemble de droits, par exemple un patrimoine. C'est même, si l'on réfère à un texte de Marcien (loi. 5 pr. D. de pign. l. 20 t. 1), seulement cette hypothèque qu'il faudrait désigner sous le nom de *generalis hypotheca* ; toute autre hypothèque est réputée spéciale, qu'elle grève une chose particulière, plusieurs choses individuellement désignées ou même une universalité autre qu'un patrimoine. Aussi, dans la loi 9 au Code : (2) l'hypothèque générale est ainsi désignée : « *Omnia quae habet quaeque habiturus est, obligare, universa bona generaliter pignori accipere, est.* » Et l'hypothèque générale comprend alors non seulement les biens existant actuellement dans l'*universitas* hypothéquée, mais toutes celles qui y entrent plus tard, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux : telles les valeurs que peut produire la vente ou l'échange

---

(1) Loi 9 Code, quae res pignor. L. VIII. t. 17. — Comp. Jourdan : Etudes de droit romain ; l'hypothèque, p. 301 et 302.

(2) Code loi 9. quae res pignor. L. VIII. t. 17.

des biens présents (loi 1, pr. D. de pignor, l. 20 t. 1). Il en serait autrement au cas où l'hypothèque porterait sur un fonds de commerce (*taberna*), car la nature de l'objet hypothéqué le suppose sujet à des variations continuelles de valeurs par suite d'opérations d'entrée et de sortie. Le droit du créancier est alors fixé sur les marchandises qui se trouvent dans la boutique au moment où il fait valoir son droit (loi 34 pr. D. l. 20 t. 1<sup>er</sup>).

D'un autre côté, d'une constitution générale d'hypothèque, il faudrait exclure certaines choses que, vraisemblablement, le créancier n'a pas entendu soumettre à l'hypothèque : telles les choses qui servent à ses besoins de tous les jours, les objets qui se consomment *primo usu* (lois 6 à 9 D, de pign. et hyp., l. 20 t. 1 et l. 7 § 1 qui potiores) (1).

Il est intéressant de faire remarquer que l'absence de toute publicité hypothécaire ne contribua pas peu à rendre non pas impossible, mais peu fréquente, l'hypothèque spéciale. La publicité, sans doute, peut aller sans la spécialité : l'hypothèque grecque le prouve. La spécialité elle aussi peut se concevoir sans la publicité ; et l'hypothèque romaine peut être parfois spéciale bien que toujours occulte.

Mais qu'est-ce qu'une hypothèque spéciale

---

(1) Comp. Pellat : Traité succinct du droit de gage et d'hypothèque chez les Romains, p. 23 à 25.

accordée à un créancier qui ignore s'il n'existe pas déjà sur l'immeuble des hypothèques antérieures qui absorbent son gage. L'absence de publicité oblige le créancier, s'il veut avoir une garantie sérieuse, à la réclamer exagérée pour pallier à ce défaut de connaissance de la situation hypothécaire. Et ainsi, l'absence de publicité appelle l'absence de spécialité : nouvel aspect des rapports entre la publicité et la spécialité.

Ajoutons aussi que, même si la constitution d'hypothèque portait sur un seul bien, on ne pouvait pas dire qu'il y avait, à proprement parler, spécialité, car on n'était pas tenu de désigner la nature et la situation du bien : grave inconvénient pour la reconnaissance ultérieure du bien hypothéqué.

L'hypothèque romaine s'étendait à tous les accessoires de l'immeuble hypothéqué (1) ; elle comprenait les alluvions qui se produisaient à un terrain voisin d'un cours d'eau, les constructions élevées sur un terrain non bâti (l. 16 § 2 D. de pignor. t. 20. l. 1) l'usufruit qui se réunissait à la nue propriété (loi 18 § 1 D. de pign. act. t. 13 l. 7). Elle profitait de l'extinction des servitudes passives, de la constitution des servitudes actives, des qualités bonnes ou mauvaises du fonds.

---

(1) Compar. art. 2133 code civil ; voir *infra* p. 75 et suiv.

Un créancier pouvait avoir une hypothèque générale et une hypothèque spéciale à la fois ; il devait alors se payer sur les choses qui lui étaient spécialement hypothéquées ; et ensuite, mais seulement en cas d'insuffisance des premières sur les autres biens du débiteur. Enfin, au cas d'hypothèque générale portant sur biens à venir comme sur biens présents, le droit hypothécaire n'atteignait les biens à venir qu'au fur et à mesure de leur entrée dans le patrimoine du débiteur ; mais au cas de concours entre plusieurs créanciers hypothécaires généraux, chaque hypothèque prenait rang au jour de la convention (naissance de la créance). Et la loi 9. C. de distr. pign. liv. 8, t. 28, nous en fournit la raison : quand une fois la condition s'est accomplie, on doit considérer comme ayant existé purement et simplement dès l'origine les droits subordonnés à l'accomplissement de la condition.

Il n'y avait donc pas à Rome de spécialité quant au gage hypothécaire ; et nous en avons rapidement indiqué la raison et déduit les conséquences. Y avait-il spécialité quant à la créance garantie ? Pas davantage ; pour qu'en effet la spécialité hypothécaire existe dans ce cas, il faut que, dès sa naissance, la créance soit exactement déterminée afin que les parties en puissent mesurer l'étendue.

Jusqu'à la Révolution, malgré des tentatives généreuses, le régime hypothécaire de l'**Ancien**

**Droit** ne reçut aucune organisation d'ensemble. Il fut un pêle-mêle de règles du droit romain, d'usages du droit coutumier, et d'additions disparates émanées des ordonnances royales ou des arrêts des parlements. De même qu'à Rome, la fiducie avait été la première sûreté réelle, puis avait été remplacée par le gage ; en France, le mort-gage et le vif-gage furent les seules sûretés réelles usitées dans la première période de l'histoire du droit (1). Si l'on voulait chercher des points de comparaison entre ces modes de garantie et ceux du droit moderne, c'est aux règles de la vente à réméré pour le mort-gage, de l'antichrèse pour le vif-gage que l'on devrait s'attacher.

Mais ces procédés primitifs cédèrent la place à l'hypothèque conventionnelle du droit romain, et au XV<sup>e</sup> siècle, sous le nom d'*obligatio*, l'hypothèque se développe de plus en plus. Elle est ou générale ou spéciale, et même au début plus particulièrement spéciale, grâce à l'influence du régime féodal. Ici encore, c'est la publicité hypothécaire qui réagit sur la spécialité. Le suzerain conservait, en effet, sur la propriété du vassal un droit éminent retenu ; et ce droit souverain lui donnait le pouvoir à chaque aliénation, à chaque constitution de droit réel, à chaque

---

(1) Pour les détails sur le vif-gage et le mort-gage, voir Viollet : précis de l'histoire du droit privé français, p. 734 et suiv.

démembrement de propriété d'intervenir et d'en subordonner l'effet à son autorisation. Il lui appartenait de dessaisir le vassal du droit réel par lui consenti, et de saisir l'acquéreur du bien ou le titulaire du droit. C'était le droit de dessaisine-saisine, de vest-devest (1).

C'est ainsi que dans l'intérêt du seigneur, toute mutation immobilière, tout démembrement de la propriété fut officiellement constaté ; l'hypothèque ne résultait plus comme à Rome d'un simple pacte (2). Elle dut être expressément acceptée par le seigneur féodal ; et de là surgit par le jeu même des principes du droit féodal un système de publicité des mutations immobilières et des constitutions de droits réels. Et ce même régime féodal qui, inconsciemment, avait permis de réaliser le principe de publicité hypothécaire se trouve également avoir réalisé, sans le vouloir davantage, la spécialité hypothécaire. Cette spécialité résultait forcément des formalités requises, qui devaient intervenir à chaque constitution de droit réel sur chaque immeuble. Ce n'est donc ici ni la publicité hypothécaire, ni la spécialité hypothécaire qui sont poursuivies et exigées comme telles ; c'est le seigneur qui organise

---

(1) Merlin : Répertoire de jurisprudence. Nantissement, p. 575.

(2) Bouteillier. Somme rurale, I. 67.

la publicité dans son intérêt, et se trouve avoir involontairement satisfait aux règles d'un bon régime hypothécaire.

Avec le relâchement du lien seigneurial, toute cette organisation disparut et ne se maintint que dans les pays du Nord de la France plus imprégnés de l'esprit coutumier et féodal. Citons parmi ces coutumes dites de nantissement, celles de Vermandois, Laon, Reims, Amiens, Cambrai, Montreuil, du Boulenois, du Valois, du Ponthieu, et celles de Flandre et d'Artois.

Dans les autres pays, l'*obligatio specialis* disparut sous l'influence des principes romains, et le principe de généralité ne tarda pas à prendre tout son empire, facilité qu'il fut dans sa marche en avant, par l'exigence de l'authenticité dont nous devons maintenant étudier les effets.

C'était à Rome un principe posé par le prêteur en contradiction avec la règle : que le pacte ne crée ni obligation civile ou droit réel, et avec les exigences du formalisme, mais c'était un principe formel que le simple accord des volontés, engendrait l'hypothèque : droit réel.

Ce ne fut pas la règle suivie par notre ancien droit ; il fallut un acte authentique pour permettre la preuve de la constitution d'hypothèque : acte muni de l'autorité publique, dressé par des officiers royaux ou seigneuriaux, habituellement les notaires,

et ayant force exécutoire (1). On se départit de l'exigence des formalités féodales du nantissement, mais on les remplaça par une autre formalité : l'authenticité.

Et l'on donna à cette authenticité une nature et une portée telles que la spécialité hypothécaire, qui résultait indirectement de la clause de vest-devest fut remplacée rapidement par la règle de la généralité. En effet, pour donner plus de force aux obligations, les parties prirent l'habitude d'insérer dans les actes notariés une clause de constitution d'hypothèque générale. Cette clause devint bientôt de style, et les créanciers exigèrent régulièrement de leurs débiteurs pareil engagement. On en arriva même à sous entendre la clause, et à décider que tout acte notarié emportait de plein droit et sans qu'il y eut besoin de stipulation, une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur (2).

Aux États-Généraux de 1614-1615, le Tiers-État demanda que cette théorie fut législativement consacrée. On ne le fit pas, mais dans la pratique, ce point ne fut jamais douteux. Aussi disait-on :

---

(1) C'est l'ordonnance de Moulins de 1539 qui exigea l'acte authentique ; c'était confondre l'obligation avec son instrument. Comp. Beaune : les contrats, p. 555.

(2) Pothier : Œuvres posthumes, tome III. — Basnage : Hypothèques, tome IX, ch. 1, p. 2.

« contrats sous scel de cour laie engendrent hypothèque, tandis que ceux passés en cour d'église ne l'emportent point » (1).

La disposition de l'article 2123 relative à l'hypothèque, résultant d'un acte judiciaire : (la reconnaissance faite, devant un tribunal, de la signature apposée à un acte sous seing privé) conserve bien à tort le souvenir de cette règle.

C'est donc le principe de la généralité qui s'établit dans l'ancien droit français ; par une voie détournée, on en revint à l'hypothèque générale et occulte du droit romain ; c'est par la clause de dessaisine-saisine que l'on avait, sans en comprendre les avantages, porté atteinte inconsciemment à la publicité et à la spécialité hypothécaires.

Ainsi, du moins, en était-il dans tous les pays où la formalité du nantissement, de vest-devest avait été supprimée. Il sera, croyons-nous, intéressant de citer à ce point de vue la coutume de Lille, proche de la Flandre : pays de nantissement, mais qui s'était écartée des exigences de la clause de vest-devest. C'était là une conséquence de l'influence espagnole à la suite d'une ordonnance de Philippe II roi d'Espagne, du 15 janvier 1592. Elle décidait notamment que « tous contrats, reconnaissances et

---

(1) Loysel : *institutes coutumières*, § 13 et 14. — Comp. Esmein, p. 222.

obligations faites et passées par devant eschevins sous le scel aux cognoissances de ladite ville, créent hypothèque dès l'instant d'icelles sur les biens meubles, cateulx ou héritages de l'obligé ou recognoissant, venus et à venir, et sur ceux de ses hoirs situés en la ville, taille, banlieue, eschevinage, seigneurie et pairies y enclavés, si avant qu'eschevins dudit Lille ont à juger, sans qu'il soit besoin par tels hoirs en faire recognoissance » (1).

Si, à Lille, l'hypothèque générale existait du jour où il y avait eu acte authentique passé devant les eschevins de Lille, il en était autrement dans les coutumes des pays voisins, notamment en Artois où l'on ne connaissait jamais d'hypothèque conventionnelle générale. Toute hypothèque ordinaire y était spéciale, car elle ne pouvait être acquise « à moins que le créancier ou un procureur pour lui ou la justice n'ait été mis en possession, n'ait été saisi de chaque pièce d'héritage sur laquelle on veut acquérir les droits réels et ce, soit par les officiers du seigneur, soit par un huissier exploitant en vertu de commission de juge compétent » (2).

De notre étude antérieure, il ressort donc que publicité et spécialité n'étaient, en général, connues que dans les pays de nantissement. Cependant, les

---

(1) Patou : Commentaire sur les coutumes de la ville de Lille et de ses châtellenies. Titre VIII, article 1<sup>er</sup>.

(2) Maillard : Coutumes générales d'Artois, art. 71.

parties pouvaient, par convention expresse, restreindre les effets d'un acte authentique, et décider que seuls, tels ou tels biens seraient frappés par l'hypothèque. Mais il faut se garder de croire que l'on pouvait arriver à ce résultat, comme on le fait de nos jours, par la désignation nominative des immeubles soumis à l'hypothèque et que, du moment que l'on avait fait une telle affectation, les autres biens étaient libres. Au début, d'anciens praticiens l'avaient cru, et du moins soutenaient-ils que, dans ce cas, le créancier devait discuter son gage spécial avant de toucher aux biens qui restaient frappés de la seule hypothèque générale. En ce cas, celle-ci devenait subsidiaire suivant eux : elle intervenait si l'étendue du gage spécial était insuffisante pour assurer le paiement de la dette. C'était là, faut-il remarquer, une fidèle analyse de la volonté des parties ; cette interprétation fut néanmoins rejetée comme contraire à la règle générale que l'acte authentique vaut hypothèque sur tous les biens présents et à venir, sauf sur ceux des biens qui ont été expressément déclarés libres (1).

On décidait aussi, que lorsqu'il s'agit de préférence entre les créanciers hypothécaires, l'hypothèque spéciale n'a pas plus de prérogatives que l'hypo-

---

(1) Bourjon : Le droit commun de la France, l. VI, t. VI, ch. I, sect. 3, n° 23.

thèque générale : « *regulariter tantum operatur generalis hypotheca quantum specialis* » (1). L'hypothèque spéciale perdit d'ailleurs tout son avantage au point de vue de la spécialité, car les parties elles-mêmes laissaient volontairement subsister à côté d'elle l'hypothèque générale, ainsi que le constate la clause de style que renfermaient toutes les constitutions d'hypothèque spéciale : « Sans que l'hypothèque spéciale déroge à la générale ni celle-ci à l'autre » (2).

C'est l'absence de toute publicité hypothécaire et la complète incertitude sur le crédit du débiteur qui, à plusieurs reprises, attirèrent l'attention des pouvoirs publics. Ce n'est donc pas à notre principe de spécialité qu'ils essayèrent de faire appel ; ils ne tendaient cependant pas moins à en assurer la consécration indirecte.

En 1581, Henri III soumit, par un édit, les actes constitutifs d'hypothèque, comme d'ailleurs tous les actes translatifs à une sorte de contrôle ou enregistrement. C'était là une publicité bien restreinte et qui ne pouvait avoir aucune espèce d'influence sur la spécialité hypothécaire. Ce premier pas vers la publicité ne fut en rien encouragé ; l'édit fut attaqué sous prétexte de fiscalité et dut être retiré en 1588.

---

(1) Dumoulin : coutume de Paris, édition de 1658, art. 43 : voir glossaire 1, n° 96.

(2) Comp. Beaune : les Contrats. p. 539 et suiv.

En 1606, Henri IV le renouvela; les mêmes critiques furent faites. L'édit, prétendit-on, poursuivait un but exclusivement fiscal ; de plus, il n'était pas nécessaire de s'y soumettre pour que l'effet hypothécaire soit produit. Sully avait cependant compris à merveille la portée considérable de cet édit ; peut-être aussi les débiteurs s'en rendaient-ils un compte très exact, et tenaient-ils peu à ce que « aucune personne de quelque qualité ou condition qu'elle pût être, ne put emprunter sans qu'il fut déclaré quelles dettes grevaient déjà l'emprunteur, à quelles personnes et sur quels biens. » Les Seigneurs accablés de dettes hypothécaires saisirent adroitement l'occasion de rendre l'édit impopulaire, en l'accusant d'avoir été rendu dans le but exclusif de procurer des ressources au roi, dont le trésor était alors lui-même très obéré. Il y avait une part de vérité dans le reproche ; et l'argument était de tous points habile : la réglementation de la publicité fut écartée, et les Seigneurs purent conserver l'apparence de la fortune.

Nouvelle tentative en mars 1673, sur l'initiative de Colbert, qui fit rendre à Louis XIV un nouvel édit relatif à la publicité et à la spécialité hypothécaires. Dans son article 13, cet édit décidait que le créancier sera tenu de déclarer par une opposition, « la ville, le bourg, le village ou le hameau, la paroisse ou terroir où l'immeuble est situé; la déno-

mination, s'il en a aucune, et le nom du propriétaire ; et si c'est une maison qui soit située dans une ville ou bourg, la rue sera désignée. » Dans le système de cet édit, la spécialité n'était encore qu'une conséquence de la publicité ; par toutes espèces de conventions on pouvait étendre l'hypothèque aux biens présents et à venir ; la généralité de l'hypothèque subsistait, et c'était encore à la seule publicité que Colbert s'était attaché.

Son édit tomba dès l'année suivante sous l'influence toujours intéressée des seigneurs, à laquelle vint se joindre celle des légistes, qui voyaient dans cette innovation la suppression possible d'un grand nombre de procès.

En 1771, un édit de Louis XV crée les conservateurs des hypothèques, et institue ou plutôt simplifie les formalités usitées à cette époque pour la purge des hypothèques. Cet édit ne contient, au point de vue de la spécialité hypothécaire aucune disposition particulière. On pourrait même le considérer à ce point de vue comme entraînant un mouvement de recul, car il ramène les pays de nantissement au droit commun. C'était détruire le semblant de spécialité qui existait dans ces pays comme conséquence de la publicité. L'usage du nantissement fut discrètement continué en Flandre, malgré les dispositions de cet édit, qui fut vite rapporté par des édits spéciaux dans quelques provinces, dont l'Artois.

C'est au **droit révolutionnaire** que revient l'honneur d'avoir fait en matière de spécialité hypothécaire le pas décisif, mais non sans tâtonnements et sans incertitudes.

La publicité fut toujours le grand point que s'attacha à réaliser la Constituante. Le 27 septembre 1790, elle abolit les formalités du nantissement et les remplaça par la transcription du contrat constitutif au greffe des tribunaux. C'est à la publicité *réelle* que le décret du 9 messidor an III, premier essai d'organisation du livre foncier, demanda la réforme de notre législation hypothécaire. On sait combien est en faveur à nouveau, cette idée d'assurer, par une division nette du sol en parcelles cadastrales bien définies, par l'indication précise de toutes les mutations immobilières subies dans la condition de l'immeuble, à la propriété comme aux personnes un véritable état-civil, un *casier foncier*. Mais c'était là question de publicité et rien ne montre mieux l'indépendance de la spécialité et de la publicité que l'absence de la spécialité, dans ce régime de publicité complète qu'organisait la Convention. L'article 27 autorisait l'hypothèque générale dans son acception la plus étendue, car elle frappait les immeubles présents et à venir du débiteur, ainsi que ceux de ses héritiers purs et simples. Et pour obtenir ce résultat (art. 26), il suffisait de l'inscription de l'acte dans l'arron-

dissement où étaient situés les biens que l'on voulait frapper.

Si le principe de spécialité quant au gage était ainsi méconnu ou plutôt ignoré, le principe de spécialité quant à la créance faisait son apparition, et l'article 16 décidait que l'hypothèque ne peut avoir lieu, pour somme indéterminée. .

On dit souvent que la loi de l'an III, malgré plusieurs prorogations successives, ne put recevoir son application. Ceci est exagéré et des travaux récents ont prouvé le contraire. Mais M. Guillaouard montre très bien combien son application fut restreinte. Cette loi renfermait outre la publicité réelle, des innovations prématurées : l'hypothèque sur soi-même ou hypothèque préconstituée (art. 36 à 83), ne pouvait fonctionner à cette époque.

En résumé, le droit de la révolution n'avait pas encore jusqu'ici reconnu notre principe de spécialité; l'hypothèque générale subsistait toujours. Il restait à poser définitivement à côté des principes de publicité et d'authenticité, le principe de spécialité dont nous commençons à mieux voir, après cet historique, la fonction particulière.

Et cependant, tandis que notre pays n'arrivait qu'à grand peine à trouver la formule d'un régime hypothécaire meilleur, des réformes s'accomplissaient à l'étranger, surtout dans les pays où les formes féodales avaient le plus longtemps subsisté,

où le droit romain n'avait jamais poussé de racines bien profondes.

En Prusse, une ordonnance du 4 février 1722 comprise dans le Code prussien de 1794; en Autriche, des lettres patentes du 24 novembre 1758 et du 1<sup>er</sup> septembre 1765, avaient organisé de nouveaux systèmes hypothécaires reposant tant sur la spécialité que sur la publicité. La loi du 11 Brumaire an VII fut rendue sous l'influence de ces réformes et aussi des anciens procédés usités dans les pays de nantissement. Il est assez curieux de voir le droit révolutionnaire emprunter au droit féodal une institution qu'il utilise dans un esprit tout différent, et qui réalise cette publicité hypothécaire dont les seigneurs féodaux ne voulaient à aucun prix.

Le caractère qui donne à la loi du 11 Brumaire an VII, son originalité, c'est qu'elle pose nettement notre principe de spécialité. L'hypothèque, à l'avenir, ne portera que sur des biens appartenant actuellement au débiteur et sur les biens *expressément affectés*. Comme il arrive toujours, la loi de Brumaire an VII déduit avec trop de rigueur les conséquences du principe nouveau, et logiquement, de la spécialité conclut à l'impossibilité d'hypothéquer les biens à venir. « Toute stipulation volontaire d'hypothèques, doit indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués, elle ne peut comprendre que des biens appartenant au débiteur lors de la stipulation, mais

elle s'étend à toutes les améliorations qui y surviendront. »

La spécialité de l'inscription était naturellement une conséquence de la spécialité de la constitution, et même l'inscription doit être prise pour une somme déterminée ; ici encore la publicité hypothécaire aura servi à réaliser la spécialité quant à la créance. L'hypothèque n'a d'effet que par l'inscription ; l'inscription doit porter pour une somme déterminée sur l'immeuble : il y a donc spécialité de la créance.

Il est à noter que la loi de Brumaire soumettait au principe de spécialité toutes les hypothèques et non seulement les hypothèques conventionnelles.

Lors de la discussion du Code civil en 1804, les uns (Bigot de Préameneux, Portalis) voulaient revenir à l'ancienne législation ; les autres (Réal notamment) proposaient de conserver telle la loi de Brumaire an VII, dans toutes ses applications. Cambarécès proposa une transaction : le principe de spécialité fut conservé en principe ; il y fut dérogé dans l'intérêt des incapables et pour assurer à l'autorité de la chose jugée le respect nécessaire : les hypothèques légales et judiciaires conservèrent le caractère de généralité (1). Il nous faut entrer maintenant dans le détail de la législation positive actuelle.

---

(1) Locré, tome XVI, pp. 168 et suiv.

## CHAPITRE II

### DE LA SPÉCIALITÉ QUANT AU GAGE

Nous en arrivons à l'étude de notre principe de spécialité dans le droit actuel. Les articles 2129 à 2133 du code civil sont le siège de la matière.

Individualisation du bien hypothéqué, détermination précise de la créance hypothécaire, telles sont, nous le savons, les deux grandes conditions requises pour l'existence de la spécialité, qui permettra d'indiquer quel est exactement le bien hypothéqué et quelle est précisément la somme pour laquelle il est hypothéqué.

Notre étude des dispositions du Code civil se divisera donc en deux grandes parties :

1<sup>re</sup> partie (articles 2129, 2130, 2131 et 2133) : Détermination du gage hypothécaire.

2<sup>me</sup> partie (article 2132) : Détermination de la créance hypothécaire.

Ces deux parties constitueront deux chapitres auxquels s'adjoindra un troisième consacré à l'étude de quelques législations étrangères.

C'est l'article 2129 qui pose le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire. Il le fait en termes énergiques : « *Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable, dit-il, que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des biens actuellement existants.* »

Indication précise du bien hypothéqué : nécessité, en conséquence, de son existence actuelle, et prohibition de l'hypothèque des biens à venir, telles sont les deux divisions auxquelles nous conduit naturellement l'article 2129 du Code civil.

Mais comme le bien actuellement existant est susceptible de *s'améliorer*, de *se détériorer*, de *se perdre*, notre premier chapitre comprendra en réalité quatre sections.

1<sup>re</sup> section : Enonciations nécessaires pour établir la spécialité quant au gage.

2<sup>e</sup> section : Ce qui arrive quand l'immeuble hypothéqué s'améliore.

3<sup>e</sup> section : Ce qui arrive quand l'immeuble hypothéqué se détériore ou périt.

4<sup>e</sup> section : Nécessité de l'existence actuelle du gage hypothécaire : exceptions à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir.

## PREMIÈRE SECTION

**Enonciations requises pour la spécialité  
quant au gage**§ 1<sup>er</sup>. — *Quelles énonciations sont nécessaires ?*

Le principe général qui domine cette matière demande à être, dès le début, nettement dégagé. D'une part aucune forme sacramentelle n'est exigée pour l'individualisation de l'immeuble ; il suffit qu'il puisse être nominativement désigné sans doute possible. Mais d'autre part, l'absence de forme sacramentelle ne doit pas nuire à cette désignation nominative. Il faut que celui-ci soit déterminé individuellement par une claire désignation de sa nature (article 2129) ou espèce (article 2148), et de sa situation.

Il faut, et il suffit, en résumé, que l'on sache quel immeuble est hypothéqué par l'indication du genre et du lieu. Pour spécifier la nature ou l'espèce des biens hypothéqués, il faudra indiquer, s'il s'agit d'une propriété bâtie ou non bâtie, d'une maison à usage d'habitation ou de commerce, d'une usine, d'une ferme, d'une terre labourable, d'une houblonnière, d'une châtaigneraie, d'une vigne, d'un pré

ou d'un bois. L'indication de la contenance n'est pas nécessaire, mais serait particulièrement utile s'il s'agit d'une pièce de terre située dans un pays de petite culture et par suite entourée de nombreuses autres parcelles ; ce renseignement en facilitera de beaucoup l'individualisation.

Pour désigner clairement la situation de l'immeuble, pour le localiser, c'est à l'indication des tenants et aboutissants, du village, du hameau, de la commune, qu'il faudra recourir. Un procédé pratique consistera dans l'indication du numéro et de la section sous lesquels l'immeuble figure au plan cadastral. (1)

L'article 2129 ne considère pas comme indispensable l'indication de la nature du droit réel que l'on a sur l'immeuble. Il s'agira le plus souvent du droit de propriété ; il n'importe, l'hypothèque peut parfaitement porter sur les droits réels : démembrements du droit de propriété.

On peut hypothéquer un immeuble dont on n'a que l'usufruit : l'hypothèque vaut alors en tant qu'elle porte sur le droit réel immobilier qui est l'usufruit sur un immeuble (2). On peut de même hypothéquer un immeuble dont on n'est que

---

(1) C'est que la loi exige dans certains cas de désignation : Code de procédure civile, art. 675.

(2) Cour de Bourges, 1<sup>er</sup> février 1831. (Sirey, 31.2.253).  
» Chambéry, 3 juin 1889 (Dalloz, 91.2.307).

co-propriétaire *indivis* : l'hypothèque portera, suivant les résultats du partage, sur l'immeuble total au cas d'attribution de cet immeuble au constituant ou sur la part qui lui sera attribuée par le partage, ou enfin disparaître rétroactivement si l'immeuble n'est attribué ni en partie, ni pour le tout au constituant. C'est une pure application de l'article 883 sur l'effet déclaratif du partage (1).

Il est à remarquer qu'on ne peut hypothéquer les servitudes réelles ou les droits réels d'usage et d'habitation qui sont également des démembrements du droit de propriété, mais qui ne sont pas susceptibles d'une vente aux enchères publiques. L'hypothèque est alors nulle, si elle a été constituée sur l'immeuble sans indication de la nature du droit réel que l'on a sur l'immeuble, non pas par suite de ce défaut d'indication, mais bien par suite même de l'impossibilité d'hypothéquer ces démembrements du droit de la propriété.

D'ailleurs, si l'indication de la nature du droit réel que l'on a sur l'immeuble n'est pas indispensable, en fait les notaires ont l'habitude d'en faire mention pour couper court à toute difficulté.

Si la spécialité existe indépendamment de toute forme sacramentelle qui satisfasse à ses exigences, du moins faut-il que les énonciations de l'acte ne

---

(1) Comp. Douai, 28 février 1882 (Dall. 83. 2. 16).

laissent aucun doute sur la détermination du genre et du lieu qui permet d'individualiser l'immeuble. Il est des énonciations essentielles ; et leur omission entraînerait la nullité de l'hypothèque, car le principe de spécialité est d'ordre public. On s'accorde à reconnaître comme essentielles les énonciations sans lesquelles le débiteur, le créancier et les tiers ne pourraient pas apprécier exactement quel est le bien frappé. La distinction entre les énonciations essentielles et celles dont l'omission ne vicie pas la constitution d'hypothèque est toujours aisée à faire, et l'article 2129 est d'application facile, quand il s'agit d'affecter un ou plusieurs immeubles ayant une individualité distincte. Par exemple, on ne considère pas comme entachant de nullité la convention d'hypothèque, l'omission de l'énonciation des tenants et aboutissants, même l'omission de la commune où se trouve l'immeuble pourvu que celui-ci soit suffisamment désigné. Ainsi une hypothèque consentie sur un immeuble situé à Passy n'en serait pas moins valable bien que le nom de la commune (Paris actuellement) n'y soit pas indiqué : aucune confusion n'est possible dans l'esprit des contractants.

Tout autre est la question quand l'hypothèque est fournie, non plus sur un ou plusieurs immeubles spécialement déterminés, mais bien sur une généralité d'immeubles.

Il nous faut ici séparer deux hypothèses qui sont, suivant nous, tout à fait distinctes.

1<sup>o</sup>) Il s'agit d'immeubles possédés par le débiteur dans telle contrée, telle ville, tel arrondissement...

2<sup>o</sup>) Il s'agit d'immeubles formant un tout complet, par exemple un domaine ayant un nom et une individualité.

Nous examinerons séparément ces deux cas.

1<sup>er</sup> CAS. — Il apparaît bien au premier abord que cette simple désignation : « les immeubles que je possède dans telle contrée... » ne satisfait pas à la double exigence de l'indication de la nature et du lieu. C'est là une formule si peu conforme au principe de spécialité et à l'individualisation nécessaire de l'immeuble hypothéqué, que des recherches particulières sont nécessaires, pour savoir quels étaient au juste les immeubles ainsi désignés par le constituant, et pour arriver après enquête, à la désignation nominative que la loi exige en termes exprès, lors de l'acte constitutif d'hypothèque.

Et pourtant la jurisprudence ne tient pas toujours un compte exact des exigences d'ordre public du législateur (1). Nombreuses et contradictoires sont

---

(1) Voir notamment : Nancy, 30 mai 1843 (Dall. 1843. 2.691). Grenoble, 27 juillet 1830 (Dall. 1830. 2.120). — En sens contraire : Cassat. 26 avril 1862 (Dall. 52. 1.131). Cass., 17 février 1892 (Répertoire du notariat de Defrénois, n° 7061).

ses décisions sur ce point. Il importe donc pour trancher les questions qui se présentent ici, de rappeler le texte de la loi et de résumer brièvement son esprit. Or, que dit le texte ? si ce n'est qu'il faut « déclarer spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles » ; à cette déclaration de principe, il n'est pas d'exceptions. Et quant à l'esprit de la loi, il est d'accorder au créancier la sûreté nécessaire et suffisante à la garantie de sa créance, de lui fournir exactement le gage nécessaire : cela précisément et rien de plus :

De manière à protéger le constituant contre des conventions vagues et générales dont il n'apercevrait pas bien les conséquences ; conventions qu'une pratique habile rendrait de plus en plus fréquentes et dangereuses, jusqu'au point de ramener au régime de l'hypothèque générale ;

De manière à n'entraver que dans une limite, à l'avance indiquée, la libre circulation des biens et à faciliter le règlement des procédures immobilières ; de manière à permettre aux créanciers venus les derniers de conserver comme gage toute la partie restée libre du patrimoine de leur débiteur ;

De manière, en résumé, à ce que, combinée avec le principe de publicité, la spécialité hypothécaire permette à tous de connaître exactement l'atteinte nécessaire portée au patrimoine du débiteur.

Ce simple rappel du texte et des principes devrait,

semble-t-il, suffire à permettre d'affirmer que la constitution d'hypothèque d'une généralité d'immeubles, sans indication de la nature et de la situation individuelle de chacun d'eux, doit être nulle : telle est la constitution de tous les biens du débiteur situés dans tel arrondissement sans autre indication. Cependant il est loin d'en être ainsi : les Cours d'appel s'obstinent à valider les hypothèques constituées en ces termes. C'est leur solution que nous combattons. La Cour de cassation fait des distinctions qui nous paraissent difficiles à justifier. La doctrine, au contraire, s'est constituée généralement et à bon droit défenseur du principe.

L'argument des Cours d'appel offre un intérêt particulier au point de vue de notre distinction entre la spécialité dans l'acte constitutif et la spécialité incorporée dans l'inscription et devenue un élément de la publicité. Cet argument est celui-ci : les tiers acquéreurs ou créanciers sauront parfaitement à quoi s'en tenir ; ils connaîtront l'hypothèque qui grève tous les immeubles du débiteur situés dans l'arrondissement, le canton, la commune... Même, ajoute-t-on, il y aura pour eux dans cette désignation collective un réel avantage : ils n'auront pas, pour connaître la situation hypothécaire de leur débiteur, à requérir d'état spécial sur chaque immeuble. Il est vrai, les prêteurs d'argent éventuels auront connaissance d'une telle affectation, et sau-

ront, en général, à quoi s'en tenir. Mais n'est-il pas à craindre précisément que devant cette généralité du patrimoine du débiteur grevé d'une hypothèque qui entrave son crédit, ils se refusent à un prêt aussi mal garanti. La publicité est satisfaite ; mais la spécialité hypothécaire n'est pas respectée.

Et d'ailleurs, est-il absolument vrai de dire que la publicité hypothécaire elle-même soit satisfaite ? Supposons que le débiteur qui a hypothéqué ses immeubles de l'arrondissement de X..., veuille emprunter de l'argent. N'a-t-il donc pu acquérir, depuis la constitution, de nouveaux immeubles dans l'arrondissement ? C'est un point que le créancier devra vérifier et rien ne le lui révélera instantanément. Il lui faudra, s'il veut être sûr de sa garantie, consulter des titres d'acquisition qu'il se verra parfois dans l'obligation de discuter ; et le défaut de spécialité aura, par contre-coup, nui à la publicité elle-même.

Mais, en lui-même, ce défaut de spécialité offre les graves inconvénients de la généralité : entrave au crédit, dangers d'entraînements pour le constituant, insécurité pour les créanciers hypothécaires.

C'est, qu'en effet, permettre cette désignation collective des immeubles situés dans l'arrondissement, c'est s'acheminer forcément vers l'hypothèque générale. C'est la réaliser même, si (cas très fréquent) le débiteur n'a d'immeubles que

dans cet arrondissement. Si on la permet pour les immeubles possédés dans la commune, le canton ou l'arrondissement, pourquoi ne pas l'autoriser pour les immeubles situés dans le département? « Et ainsi, comme le dit excellemment Paul Pont, de proche en proche, on arriverait à détruire le système de la loi, et autant que la chose est possible à mettre la généralité à la place de la spécialité » (1).

En résumé, et nous sommes ici d'accord avec la Cour de Cassation, il nous apparaît que la convention : « j'hypothèque mes immeubles situés dans l'arrondissement de... », est nulle comme violant le principe de spécialité. Elle n'indique pas la nature des biens; elle indique insuffisamment leur situation; elle ne permet en rien la désignation nominative exigée formellement par l'article 2129 du Code civil.

La Cour de Cassation croit devoir valider cette même convention quand, à l'indication sommaire de la situation du bien, vient s'adjoindre une indication également sommaire de la nature des biens: la nature et la situation des biens sont, dit-elle, alors indiqués; l'article 2129 n'a rien de sacramentel et la double indication de la nature et de la situation du bien valide la convention. Prenons cette affectation

---

(1) Pont : des privil. et hypoth., n° 674, p. 111.

hypothécaire reconnue valable, en nous servant de la formule même rapportée par la Cour dans un de ses arrêts : (1) « j'hypothèque tous mes biens immeubles situés dans l'arrondissement de X..., en nature de maisons, cours, jardins, vergers, pâtures, chataigneraies, enclos, terres labourables, prés, bois, aulnaies, vignes et ajoncs... »

La Cour de Chambéry, comme motifs d'un arrêt validant une telle constitution, dit que l'acte contient une désignation suffisante des biens hypothéqués, car il indique la nature de ces biens et l'arrondissement où ils sont situés. Mais, qui ne voit qu'une désignation quelconque de la nature d'un bien et quelconque de sa situation n'arrive pas à permettre l'individualisation qui est la raison même de notre principe de spécialité, qui tend à ce que telle portion précise du patrimoine nécessaire à la sûreté du créancier soit grevée d'hypothèque. Il n'y a pas là de désignation nominative ; il n'y a pas de spécialité (2).

Ce qui montre bien le caractère presque puéril de l'argumentation, c'est que la formule acceptée par la Cour suprême, est une formule toute faite par les

---

(1) Cass. 27 Novembre 1893. (Dall. 94, 1.566).

(2) La loi de Brumaire an VII n'exigeait que l'indication de la nature et de la situation des immeubles ; et n'édicait pas la disposition de l'article 2129 qui veut que chacun des immeubles soit *spécialement* et *nominativement* désigné.

notaires ; on s'est efforcé d'y comprendre tous les cas en épuisant au hasard, la nomenclature de toutes les natures imaginables d'immeubles. Elle est applicable à tous emprunteurs, qu'ils possèdent ou non des biens de toutes ces espèces, la nature de biens qu'ils possèdent ayant des chances sérieuses d'être comprises dans la nomenclature d'ailleurs très complète de la formule ; M. Troplong qualifie ce détour de « simagrée puérile ».

Nous croyons, en ce qui nous concerne, que cette nomenclature vague ne peut valider la constitution d'hypothèque portant sur tous les biens de l'arrondissement. C'est, en fait, se contenter d'une désignation collective, et la Cour de cassation autorise un moyen d'une facilité vraiment excessive, pour arriver à la réalisation indirecte des constitutions d'hypothèque générale qu'elle prend pourtant soin de prohiber directement.

La divergence entre les Cours d'appel d'une part et la Cour de cassation d'autre part est donc plus apparente que réelle ; il nous serait facile de le prouver en énumérant toutes les décisions d'espèces rendues sur cette question : décisions qui, à des degrés divers, violent l'exigence de la désignation nominative de chaque immeuble hypothéqué. Mentionnons à titre d'exemple et pour montrer la tendance générale de la jurisprudence, les décisions suivantes qui valident des affectations hypothécaires

que nous ne croyons pas conciliables avec le principe de spécialité :

C'est d'abord l'affectation de tous les biens du débiteur, et spécialement et expressément de ses propriétés immeubles situées près de telle place dans telle ville (1).

C'est ensuite l'affectation de tous les immeubles d'une commune à l'exception de certains..... ; de tous les immeubles d'une commune tels qu'ils sont désignés et confrontés dans le cadastre (2). Il est clair que si les indications du cadastre et une copie du plan étaient annexés à l'acte notarié, le principe de spécialité aurait alors reçu une très intelligente et complète application.

MM. Aubry et Rau n'hésitent pas à reprocher à la jurisprudence « la tyrannie de son arbitraire ». On voit, en effet, s'affirmer de la part de la jurisprudence, l'admission de désignations qui ne désignent rien. Et devant cette attitude, toute spécialité aurait disparue, si les notaires avaient usé de la latitude que leur laissent les juges. Il faut reconnaître que soucieux des exigences du Code, ils désignent presque toujours chaque immeuble par sa nature, ses tenants et aboutissants, sa contenance ; et,

---

(1) Paris, 11 Avril 1892. Dall. (94. 2. 79.)

(2) Paris, 23 août 1834. Sirey, (35. 2. 120.)

Voir aussi Avesnes, 31 décembre 1890. Répertoire du notariat de Defrénois, année 1891, n° 5995.

quand ils le peuvent par les section et numéro du cadastre. C'est le plus sûr moyen d'éviter les actions en nullité de l'hypothèque.

2<sup>me</sup> CAS. — S'il s'agit, dans la constitution en bloc de plusieurs immeubles, non plus d'une masse quelconque de biens, mais d'un ensemble de biens réunis entre eux, sous une dénomination commune, d'une universalité formant un véritable corps d'immeubles soumis à des affectations communes, et qui, par suite, ne constituent en réalité qu'un seul et même fonds; s'il s'agit par exemple d'un domaine, d'une ferme, d'une métairie, la solution est toute différente. L'individualisation des fonds est alors assurée par la désignation de la nature et de la situation du domaine ou de la ferme. Ce domaine, cette ferme, ont pour ainsi dire une existence, une individualité spéciale; il s'agit là d'une sorte d'être collectif, suffisamment désigné par sa situation et par son nom, sans qu'il soit besoin d'énumérer en détail les diverses parties qui le composent (1).

Même l'affectation du domaine serait complète si les parties ont pris le soin d'exclure expressément les terres qu'elles entendent soustraire à la charge qui grève le fonds tel qu'il se comporte dans son ensemble.

---

(1) Aubry et Rau: Cours de droit civil, tome III, n° 266, p. 279.

Le législateur lui-même fournit dans l'article 64 du code de procédure un argument d'analogie : « En matière réelle, les exploits d'ajournement énonceront la nature de l'héritage, la commune, et... s'il s'agit d'un domaine, corps de ferme ou métairie, il suffira d'en désigner le nom et la situation ».

Laurent, loin de trouver dans cet article du code de procédure un argument en faveur de notre système, se refuse à appliquer l'exception qu'il pose, relativement aux domaines, à notre cas particulier. Pour lui, l'article 64 est exceptionnel ; l'article 2129 est l'application du droit commun : il ne distingue pas ; il comprend tous les immeubles, même ceux composant un domaine (1). C'est là une façon bien sévère d'interpréter la loi, d'autant mieux qu'encore une fois, le domaine constitue à proprement parler un seul et même fonds ayant une individualité distincte. L'esprit de la loi est donc pleinement satisfait par notre système. Cependant, pour que les biens hypothéqués, sous la rubrique *domaine*, le soient valablement, il faut qu'il soit de notoriété publique qu'ils en dépendent. Aussi, l'examen des circonstances de la cause nous porte à approuver une décision de tribunal, aux termes de

---

(1) Laurent : Principes de droit civil, tome XXX, n° 508.

laquelle l'affectation d'un domaine situé dans la commune de X... ne comprenait pas une *prairie sise dans une commune voisine*.

Et même en pratique, il est préférable d'indiquer, quand on le peut, dans l'acte constitutif, la nature et la situation des parcelles qui composent le domaine. Par ce moyen, on évite certains doutes résultant des changements de culture, assolements, augmentation des voies de communication, modifications par la volonté du propriétaire. On accusera peut-être les notaires qui agiront ainsi de « faire du rôle. » Il n'importe ! C'est au fond la manière d'éviter les procès que les doutes feraient naître.

Nous avons étudié les énonciations requises pour la spécialisation du gage hypothécaire. Nous nous sommes efforcés d'assurer une sanction efficace au principe de spécialité et aux dispositions législatives qui l'édicte, d'empêcher les particuliers d'éluder par les moyens indirects l'application de ce principe d'ordre public, et de revenir à la pratique de l'hypothèque générale.

Il est évident que l'hypothèque peut comprendre les biens appartenant au constituant lors de l'affectation, à la condition qu'ils soient tous nominativement soumis à l'hypothèque. Il s'agit là d'une affectation réfléchie et qui sera connue de tous par le détail des biens individuels qui composent actuellement le patrimoine. De cette spécialité nécessaire

découle avec certitude l'impossibilité d'hypothéquer les biens à venir. Il faut indiquer précisément tel bien comme étant hypothéqué, mais le bien à venir n'est pas connu ; comment le spécialiser (1) : *prius est esse, quam esse tale*.

C'est là un corollaire forcé du principe : il est d'une clarté telle que la loi aurait pu se dispenser de l'en déduire. L'article 2129 cependant édicte en termes exprès cette *prohibition de l'hypothèque des biens à venir*. L'article 78 de la loi hypothécaire belge s'est à bon droit dispensé de cette reproduction.

Quoiqu'il en soit, il importe peu qu'il s'agisse d'une hypothèque portant sur l'ensemble des biens à venir pris collectivement, *in globo*, ou qu'il s'agisse d'une hypothèque portant sur un immeuble futur nommément déterminé.

Sans doute, en ce dernier cas, on peut donner à la désignation de l'immeuble futur appartenant à autrui toute la précision désirable ; sans doute encore on n'a pas davantage à redouter les inconvénients de l'hypothèque générale. Il apparaît donc, au premier abord, que le principe de spécialité reçoit toute satisfaction. Il n'en est rien pourtant. La dési-

---

(1) En ce sens : Aubry et Rau, loc. cit., p. 262, § 266, n° 5. — Thézard : Du nantissement, des privilèges et hypothèques, n° 49. — Cassat, 24 mai 1892. Dall. (92 1.327)

gnation a beau avoir toute la précision possible ; peu importe, si l'immeuble lui-même n'est pas dans le patrimoine. Le gage des créanciers hypothécaires n'a aucune assiette fixe, ne porte sur aucun des biens actuellement appartenant au débiteur. L'hypothèque générale n'est pas à craindre, il est vrai, mais le principe de spécialité n'a pas que l'avantage négatif d'empêcher les abus de la généralité hypothécaire ; il a des avantages à lui propres : il assure au gage hypothécaire fixité et précision. Quelle fixité, quelle précision possibles si l'immeuble n'est même pas dans le patrimoine du débiteur ?

Il est d'ailleurs une autre raison pour laquelle on ne peut hypothéquer les immeubles à venir individuellement, c'est-à-dire un immeuble n'appartenant pas actuellement au débiteur. C'est que pour constituer une hypothèque, il faut être propriétaire des biens qu'il s'agit d'hypothéquer. Cette condition, toute naturelle, est sous-entendue dans l'article 2124 (1) et exprimée par voie incidente dans l'article 2129 (*appartenant actuellement au débiteur*).

Pour employer le langage traditionnel, l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle. Nous considérons, quant à nous, comme seul rationnel, le système

---

(1) Voir sur ce point : Colmet de Santerre, *loc. cit.*, p. 186, n° 96 bis, III.

qui attribue à cette nullité le caractère absolu et d'ordre public.

Pareille constitution nous apparaît comme entachée d'un double vice substantiel.

a) Pour constituer un démembrement de la propriété, il faut avoir la propriété elle-même. Sinon, il y a une véritable impossibilité légale d'affectation hypothécaire.

b) Pour des raisons d'ordre public également, dans l'intérêt général du crédit hypothécaire (bien ou mal compris, là n'est pas la question), l'hypothèque des biens à venir est prohibée ; le principe de spécialité exige que, de par la constitution d'hypothèque, le créancier soit assuré d'un gage nettement déterminé et solidement assis. Or, ici, le gage n'existe même pas, au moins actuellement.

Pour cette double raison, c'est un vice réel et substantiel qui affecte, selon nous, la constitution d'hypothèque portant sur la chose d'autrui. Et dès lors, il s'ensuit comme intérêts pratiques : Que l'acquisition de l'immeuble par le constituant, à titre d'héritier ou autrement, ne couvre pas la nullité ;

Que la ratification de l'hypothèque par le véritable propriétaire reste également inopérante ;

Que la nullité peut être proposée par tout intéressé, fût-ce le constituant lui-même.

Cependant, la thèse de la nullité relative, compte des partisans autorisés; elle oppose divers arguments qui mettent en jeu des principes juridiques difficiles. Elle défend une à une, bien entendu, les conséquences pratiques inverses des conséquences que nous venons de déduire.

a) *Le constituant ne peut demander la nullité.*

On ne peut raisonnablement admettre le constituant à dépouiller le créancier hypothécaire, en invoquant une nullité précisément dirigée contre lui, le constituant.

Est-il exact, répondons-nous, de dire que la nullité de la constitution d'hypothèque portant sur un bien non actuellement appartenant au débiteur, soit dirigée contre ce débiteur lui-même? Nous n'en croyons rien. Cette nullité intervient autant et plus peut-être, pour le protéger contre les entraînements irréfléchis qui le poussent à grever d'hypothèques des biens dont il escompte à l'avance l'acquisition hypothétique, que pour le punir d'avoir hypothéqué en connaissance de cause une chose qui ne lui appartenait pas.

Au surplus, et comme concession, nous reconnaitrons volontiers avec MM. Aubry et Rau, la possibilité pour le créancier, d'exiger du débiteur constituant qui invoquerait la nullité de l'hypothèque, ou la constitution d'une nouvelle hypothèque régulière ou le remboursement immédiat de la

créance. Il aurait, en effet, par ce fait, diminué les sûretés accordées au créancier.

b) *L'acquisition ultérieure par le constituant couvre la nullité.*

Nul, en effet, dit-on, ne la peut demander quand le constituant devient propriétaire postérieurement à la constitution d'hypothèque.

Le constituant ne le peut pas : et l'on reproduit alors l'argument que nous venons de réfuter : on ne peut invoquer une nullité dirigée contre soi.

Mais les tiers (l'acheteur, le créancier hypothécaire) qui ont traité avec le constituant, ne le peuvent pas davantage. Et cela pour deux raisons :

La première, que l'inscription hypothécaire les a prévenus de l'existence de l'hypothèque : ils ne sont pas pris au dépourvu, ils n'ont pas à se plaindre. La réponse nous paraît simple. Les tiers ont connu l'inscription hypothécaire, soit ; mais ils étaient en droit de considérer comme non avenue une constitution d'hypothèque portant sur la chose d'autrui.

La seconde raison pour laquelle l'acheteur ou le créancier hypothécaire du constituant ne pourraient plus demander la nullité, une fois l'immeuble entré dans le patrimoine de leur débiteur, serait qu'ils sont les ayant-cause de celui-ci, et partant n'ont pas plus de droits qu'il n'en a lui-même.

Nous répondons que, selon nous, le constituant

lui-même avait le droit d'attaquer la constitution d'hypothèque ; qu'au surplus, en tant qu'il s'agit pour eux, d'invoquer la nullité d'une hypothèque constituée par leur auteur, même antérieurement à la naissance de leurs droits, ils ne sont pas des ayant-cause, mais bien des tiers. Mais, c'est précisément et principalement dans l'intérêt de ceux avec lesquels le débiteur constituant s'aviserait ultérieurement de traiter, dans l'intérêt même de ce vendeur, de ce créancier hypothécaire, que la loi a exigé comme condition de la validité de la constitution d'hypothèque, la qualité de propriétaire chez le constituant et que la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui a été édictée.

C'est donc bien un droit propre qu'ils invoquent à l'encontre d'un autre prétendu créancier hypothécaire ; c'est comme tiers, non comme ayant-cause, qu'ils se présentent. Ils ne font pas appel au droit de leur auteur ; ils contestent au contraire son droit à constituer une hypothèque que la loi lui interdit de constituer à leur préjudice. Ils s'en prennent au vice substantiel qui affecte le contrat passé par leur vendeur ou leur débiteur.

c) *Le propriétaire pourrait confirmer la constitution hypothécaire sur son immeuble en la ratifiant.*

Il fait sienne l'opération qu'il endosse en la ratifiant : « *ratihabitio mandato aequiparatur* ». Nous répondons que pareille ratification nous paraît ici

inadmissible. La loi impose pour la validité et l'efficacité de l'hypothèque, des conditions auxquelles la volonté des parties ne peut pas déroger. Il faut que le constituant soit propriétaire : c'est là une condition particulière, condition de fond aussi impérative que la forme authentique exigée dans l'acte constitutif. On ne constitue pas hypothèque valable en ratifiant une hypothèque nulle. Si le véritable propriétaire veut constituer hypothèque, qu'il s'assujettisse aux conditions et formes exigées par la loi.

Nous considérons donc, comme seul rationnel, le système de la nullité absolue de l'hypothèque consentie par un constituant non propriétaire.

Il va sans dire que la promesse d'hypothèque portant sur un bien à venir serait valable ; son inexécution entraînerait des dommages et intérêts, même si les biens de l'obligé n'y étaient pas spécialisés (Paris, 16 mars 1821).

Nous avons maintenant étudié quelles énonciations prescrivait l'article 2129 du Code civil ; ce qu'il entendait par spécialité hypothécaire. Nous nous sommes attachés à montrer que ce principe avait un autre rôle à jouer que celui de satisfaire à la publicité hypothécaire. Il s'agit d'empêcher l'hypothèque générale de réapparaître ; et même plus, de donner non seulement la spécialité, mais la meilleure spécialité possible. Nous allons examiner la sanction

du défaut des énonciations requises par la loi et nous nous efforcerons, là encore, d'assurer au principe de spécialité, le maintien de son caractère propre : il n'est pas une annexe de la publicité.

## § 2. — *Sanction du défaut d'énonciation*

L'article 2129 nous indique que les énonciations relatives à la nature et à la situation de l'immeuble : énonciations nécessaires pour l'individualisation de l'immeuble, doivent être contenues dans le titre constitutif de la créance ou dans un acte authentique. Là aussi doivent se trouver les énonciations relatives à la spécialisation de la créance. Et cette exigence de l'authenticité pour l'application du principe sous ses deux aspects est logique : la spécialité est un élément essentiel de la constitution d'hypothèque ; elle doit participer au caractère authentique que revêt nécessairement cette constitution.

L'hypothèque serait nulle si les indications relatives à la spécialité étaient faites dans un acte sous-seing privé auquel renverrait l'acte constitutif d'hypothèque, que cet acte soit antérieur ou postérieur. Si le sous-seing privé était annexé à l'acte notarié, la constitution d'hypothèque serait alors valable. De même le sous-seing privé pourrait être déposé pour minute au notaire : celui-ci ferait inter-

venir les deux parties à l'acte de dépôt et constaterait la convention d'hypothèque. De même encore on pourrait réaliser la spécialité dans un acte authentique postérieur et les parties pourraient aussi, sans inconvénient, se reporter à un acte authentique antérieur dont elles prouveraient avoir pris une connaissance suffisante.

La loi, nous l'avons vu, n'a formulé aucune exigence sacramentelle, relativement aux termes à employer pour arriver à la spécialisation de l'immeuble. C'est l'espèce, c'est le lieu qui seront les éléments de cette individualisation. Il en résulte que les tribunaux chargés de statuer sur l'observation ou la violation du principe de spécialité, devront se demander si en fait la désignation est suffisante pour permettre de reconnaître aisément et sans doute possible l'immeuble hypothéqué. Gardons-nous de dire, cependant, que leur décision échappera toujours au contrôle de la Cour suprême.

En tant qu'ils auront relevé quelles indications plus ou moins claires et précises, les parties ont fournies sur la nature et la situation de l'immeuble, sans doute leur décision sera souveraine. C'est là pure question de fait (1).

Mais une fois les indications fournies relevées, va

---

(1) Laurent, *loc. cit.*, t. XXX, n° 509, p. 475.

se poser la question de savoir si ces indications satisfont bien aux prescriptions légales de l'article 2129 : y a-t-il individualisation, y a-t-il spécialité hypothécaire : c'est là pure question de droit, et dont les tribunaux et même, nous le savons, les Cours d'Appel peuvent fournir parfois une regrettable interprétation que la Cour de Cassation n'a jamais corrigé avec suffisamment de rigueur (1).

En deux mots, les indications fournies sont celles que constatent les tribunaux et cours, mais les inductions qu'ils tirent de ces faits souverainement constatés par eux, peuvent être erronés en droit. Tout ceci dit pour montrer que la Cour de Cassation peut être appelée à trancher la question de savoir si les indications fournies sont suffisantes pour satisfaire aux exigences de l'article 2129. Ces distinctions doivent être maintenues avec soin ; elles empêcheront les juges de donner à leur jugement une fausse apparence de décision de pur fait.

Par voie de conséquence et comme corollaire du pouvoir de décider si les indications sont suffisantes pour désigner nominativement le bien hypothéqué, les tribunaux détermineront quels biens sont compris dans une constitution d'hypothèque. Si dans l'acte constitutif, des contradictions sont

---

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 230, n° 58 et 60.

relevées entre les diverses énonciations relatives à la désignation du fonds hypothéqué, le doute (art. 1162 du Code civil) s'interprète en faveur du débiteur (1). Aux juges donc à trancher la question de spécialité ; mais, qui peut la leur soumettre, c'est-à-dire qui peut se prévaloir devant eux du défaut de spécialité ?

Comme le défaut de spécialité entraîne la nullité pour vice portant sur un élément essentiel du contrat, comme la spécialité est exigée non seulement dans l'intérêt des tiers intéressés à connaître l'état hypothécaire du débiteur, mais aussi dans l'intérêt du débiteur, du créancier et du crédit public, nous concluons à la nullité absolue opposable en conséquence par tous.

Que les tiers, créanciers hypothécaires postérieurs ou tiers détenteurs de l'immeuble hypothéqué puissent agir, la jurisprudence ne le conteste pas : la spécialité est nécessaire pour faire connaître la situation hypothécaire exacte du débiteur. Mais la spécialité n'est pas utile qu'aux tiers ; elle est autre chose que la préparation de la publicité ; et c'est même ici plus particulièrement ce rôle propre de la spécialité, qui doit être mis au premier plan (2).

---

(1) Cassat. 12 Mars 1865 (Dall. 67, 1.347). — Cassat. 12 Juillet 1881 (Dall. 83, 1.130).

(2) Voir Aubry et Rau, p. 280, n° 63. — Toulouse, 6 Mars 1819 Dalloz : jurispr. générale, privilèges, n° 1299.

Il importe que le débiteur ne se laisse pas entraîner à prendre des engagements qui ne remplissent pas le vœu de la loi. Le créancier, maître du contrat, les lui a imposés. Le débiteur peut demander à être relevé de son engagement. (1)

Mais le créancier qui perd sa sûreté, a-t-il le droit d'en réclamer une autre ? Nous sommes étonnés de voir le même auteur, M. Laurent (2), qui reconnaît avec nous le caractère absolu de la nullité d'une hypothèque consentie en dehors des conditions et formes exigées par la loi dans un intérêt général, répondre à cette question par l'affirmative. Peut-être la question est-elle mal posée en ces termes. Le créancier ne perd pas sa sûreté : en réalité, il n'en a jamais eu, puisque la constitution d'hypothèque est nulle d'une nullité absolue. Il ne peut donc être question de le dédommager d'une perte qu'il n'a pas faite.

Les deux questions nous apparaissent comme liées l'une à l'autre. Malgré cela, auteurs et jurisprudence, sont divisés sur les solutions à faire intervenir. Il nous paraît que si le créancier veut dans notre cas, obtenir une hypothèque spéciale valable, il doit la demander au débiteur. Nous ne

---

(1) Troplong : des privil. et hypot., n° 515.

(2) Laurent : principes de droit civil, tome XXX, n° 500.

pouvons accorder aux juges le pouvoir de forcer le débiteur à donner une nouvelle hypothèque.

Nous ferions intervenir une solution différente dans l'hypothèse suivante. Un individu hypothèque un immeuble déterminé, appartenant à autrui ; puis il devient propriétaire. Nous avons reconnu son droit à demander la nullité ; mais il nous apparaît que s'il use de ce droit, il y aurait de sa part et à dater de ce jour où il est devenu véritable propriétaire, mauvaise foi à refuser nouvelle hypothèque ou remboursement immédiat, car l'obstacle qui empêchait la constitution d'un gage hypothécaire n'existe plus ; en se prévalant ainsi de la nullité, il cause préjudice à ses créanciers. En notre espèce, la situation est restée exactement ce qu'elle était lors de la constitution d'hypothèque. Aucun fait nouveau n'est intervenu. Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu d'indemniser le créancier qui, maître du contrat, a en pleine connaissance de cause, accepté une hypothèque qu'il savait n'avoir pas de valeur légale.

L'équité ne nous paraît pas avoir été favorisée ici. On invoque cependant l'intention des parties contractantes ; elles ont voulu constituer une hypothèque valable. Il y a, dit-on, de la part du créancier promesse d'hypothèque : il doit exécuter cette promesse sur un autre de ses biens ; le débiteur a voulu donner une garantie très forte ; cela est si vrai que c'est l'énergie même de la garantie concédée

qui entraîne la nullité (1). Si l'hypothèque est nulle, la promesse d'hypothèque subsiste.

Cette distinction est spécieuse, mais où voit-on que l'hypothèque nulle vaut promesse d'hypothèque sur un autre bien ? Les parties ont voulu constituer hypothèque sur un immeuble ; capables et consentantes elles ont désobéi aux prescriptions légales. C'est le créancier, qui dans son intérêt, a poussé le débiteur à lui accorder cette garantie : qu'il en subisse les conséquences ! (2)

Laurent rejette la responsabilité sur le notaire ; la nullité serait encourue par sa faute. S'il eut fait connaître la loi aux contractants, ils auraient sûrement spécialisé l'hypothèque ; on ne peut faire supporter au créancier une erreur du notaire. C'est là une théorie étrange : tout au plus y aurait-il compte à régler entre le créancier et le notaire ; mais comment le débiteur pourrait-il être privé du bénéfice de la nullité, sous prétexte qu'elle est imputable au notaire ? Même pour résoudre affirmativement la question des dommages-intérêts à réclamer au notaire, il faudrait rechercher ; et ce n'en est pas ici le lieu, si les notaires sont les

---

(1) En ce sens Laurent, tome XXX, n° 513, p. 480. — Persil : comm. sur l'art. 2129, n° 1.

(2) Troplong, *loc. citato*, n° 515 — Pont. des priv. et hyp., tome II, n° 678. — Duranton, Cours de droit français. tome XIX, n° 364. — Aix, 16 août 1811. Dalloz, J. G. priv., nos 1296 et 1346.

conseillers officiels des familles, et ne sont pas seulement les rédacteurs des actes.

Une hypothèque nulle ne peut être la source d'aucun droit. Le débiteur est en faute, mais le créancier qui a accepté l'hypothèque n'est pas moins responsable. Est-ce qu'un donataire qui verrait annuler, pour inobservation d'une formalité essentielle, la donation faite à son profit, serait en droit d'en réclamer une nouvelle ?

La Cour de Riom (1) a été jusqu'à décider que le débiteur qui consent une hypothèque sans la spécialiser et sans même posséder aucun immeuble, contracte l'obligation d'en fournir une sur les immeubles qu'il acquerra par la suite. MM. Persil et Laurent approuvent cette décision et valident l'acte comme contenant promesse d'hypothèque. Mais pourquoi, si l'on veut faire un acte licite : la promesse d'hypothèque, l'enchasser dans un acte évidemment nul ?

Nous admettons que si le débiteur a, dans un même acte, fourni une hypothèque générale et une hypothèque spéciale, cette dernière est valable (2) ; les deux actes ici sont juxtaposés et non confondus comme dans l'hypothèse précédente.

---

(1) 25 Mai 1816. — Sirey, 5<sup>e</sup> volume ; 1815-1818, 2, 147.

(2) Persil : comm. sur l'art. 2129, n<sup>o</sup> 1.

Nous en avons fini avec l'étude des énonciations de l'acte constitutif d'hypothèque. Ces énonciations réalisent la spécialité hypothécaire ; elles se reflèteront, par la force des choses, dans le bordereau d'inscription hypothécaire, et fourniront à la publicité les éléments nécessaires à son organisation. Grâce à elles, les tiers sauront, non seulement qu'il y a une hypothèque grevant les biens du débiteur, mais aussi quel est l'immeuble frappé et pour quelle somme. La spécialité organise la publicité.

C'est à mettre en relief le rôle personnel de la spécialité envisagée indépendamment de la publicité que nous nous sommes attachés. Précisons par une remarque d'intérêt pratique : Si la constitution d'hypothèque est nulle pour défaut de spécialité, l'inscription de l'hypothèque ne couvrira pas la nullité, même si elle est spéciale (1). L'inscription elle-même serait nulle ; l'hypothèque n'existant pas, comment pourrait-on conserver et rendre officielle une hypothèque qui n'a pas de valeur ? L'inscription conserve l'hypothèque ; où il n'y a pas de droit hypothécaire, pas d'inscription possible.

Au surplus, on doit se montrer beaucoup plus large dans l'application de l'article 2148 que dans

---

(1) En ce sens : Pont, *loc. cit.*, tome II, n° 672, p. 109. — Laurent, *loc. cit.*, tome XXX, p. 462, n° 499. — Baudry-Lacantinerie : Précis de droit civil, tome III, n° 1296, p. 797.

celle de l'article 2129 ; (1) il suffit, pour que l'inscription soit valable, que les énonciations soient suffisantes pour que les tiers ne puissent éprouver aucun préjudice ; et que s'il y a des omissions, elles n'aient lésé aucun intérêt.

---

(1) Voir au surplus ce que nous avons dit dans l'introduction pages 4 et 5.

## DEUXIÈME SECTION

**Ce qui arrive quand l'immeuble hypothéqué  
s'améliore**

C'est sur l'immeuble individualisé par l'application du principe de spécialité que porte l'hypothèque. Il est certain que l'acte constitutif n'a pas à indiquer par le détail quels sont les accessoires actuellement unis et incorporés à l'immeuble. En vertu des articles 516 à 527, ces accessoires sont partie intégrante de l'immeuble et compris dès lors dans l'hypothèque qui frappe le fonds auquel ils sont intimement unis (1).

Il n'est pas douteux davantage que l'hypothèque s'étend à tout ce qui vient ultérieurement s'incorporer à l'immeuble par voie d'accession ; c'est la une règle de droit commun. Et notre principe de spécialité n'en vient pas contrarier l'application pourvu qu'il s'agisse d'une accession proprement dite, c'est-à-dire que l'union avec la chose soit suffisamment intime pour qu'il y ait incorporation ; et qu'il n'y ait pas

---

(1) Rouen, 17 Mai 1825 (Sirey 30, 2, 221).

introduction dans le patrimoine d'un élément distinct du premier, d'un bien nouveau : c'est alors l'immeuble désigné qui serait grevé d'hypothèque.

L'article 2133 ne fait donc que consacrer purement et simplement l'application du droit commun. S'il se trouve sous la rubrique des hypothèques conventionnelles, c'est parce que le législateur a placé sous ce chef, l'étude des principes généraux du régime hypothécaire. Il faut étendre la règle aux hypothèques légales, aux hypothèques judiciaires, aux privilèges sur les immeubles.

Au point de vue pratique, d'ailleurs, le principe de l'extension aux accessoires de l'immeuble est très justifié : l'hypothèque est soumise aux dépréciations si nombreuses de nos jours de la propriété immobilière ; c'est de plus un droit incertain et problématique ; la règle de l'extension aux accessoires : application du droit commun, *accessorium sequitur principale*, forme la contre-partie nécessaire de ces dangers. Si le législateur a cru devoir exprimer notre règle, c'est à raison sans doute de ce que l'hypothèque conventionnelle des biens à venir est interdite : il importait de distinguer les améliorations des acquisitions nouvelles.

C'est à toutes améliorations que s'applique l'article 2133, qu'elles soient industrielles (du fait de l'homme) ou naturelles ; qu'elles proviennent du débiteur ; qu'elles soient le fait d'un tiers détenteur

quelconque ; qu'elles soient accidentelles ou habituelles. La seule condition est qu'il s'agisse d'une incorporation, d'une adjonction qui se réalise comme accessoire direct au fonds hypothéqué, et qui, comme tel, profite au propriétaire de l'immeuble.

Ainsi l'hypothèque s'étend aux accroissements résultant d'alluvions, de relais, de la réunion d'une terre à la propriété hypothéquée. La valeur de l'accessoire n'est pas à considérer ; elle peut même se trouver supérieure à la valeur de l'immeuble amélioré (1) ; ainsi l'hypothèque s'étendra aux eaux d'une source que le propriétaire aurait amenées sur le bien affecté, en dérivant le cours de la source par voie de canalisation, étant donné que le fonds d'émergence est aussi sa propriété (2). C'est donc juridiquement et non matériellement, que la chose accessoire doit être assez étroitement unie pour ne pouvoir être séparée du fonds auquel elle s'incorpore.

Il faudrait aussi comprendre dans une propriété hypothéquée, les arbres de cette propriété plantés depuis la constitution, ce qui ferait obstacle à leur vente en fraude des droits des créanciers hypothécaires.

Lorsque les sources d'une rivière sont taries, le lit

---

(1) Troplong, *loc. cit.*, n° 553.

(2) Cassation, 30 mars 1892 (Dalloz, 92.1.389).

mis à sec appartient selon nous aux propriétaires riverains ; l'hypothèque des fonds riverains s'étend au lit mis à découvert ; il n'y a pas, en effet, acquisition d'un fonds nouveau ; c'est le même fonds revenu à son état normal. Même décision pour les îles qui font face aux fonds riverains.

Nous sommes aussi d'avis d'appliquer l'art. 2133 aux constructions qui seraient ajoutées à l'immeuble hypothéqué ou élevées sur le terrain hypothéqué ; car les constructions (art. 552) ne sont, elles aussi, qu'un accessoire du fonds dont l'élément premier est le sol : les constructions qui viennent s'y ajouter s'incorporent à lui, changent uniquement l'aspect extérieur, la surface ; elles font partie intégrante du fonds de terre lui-même et dès lors, sont grevées des charges hypothécaires qui pèsent sur lui (1).

Une réserve, cependant, serait à faire en faveur des architectes et ouvriers qui ont élevé les constructions, et par là ont introduit dans le patrimoine du débiteur, gage commun de tous les créanciers, la plus-value qui en résulte. La loi voit encore jusqu'ici une cause de préférence en leur faveur ; leur créance est de qualité privilégiée. Il en serait peut-être même ainsi, non seulement pour les plus-values qui résultent de leurs travaux, mais aussi (dans la

---

(1) Fenet, *loc. cit.*, t. 15, p. 362. Cass. 2 Août 1886 (Dall. 87, 1.293).

mesure de la plus-value qu'ils ont donnée à l'immeuble) pour les améliorations ne provenant pas de leur fait, et postérieures aux travaux qui ont augmenté la valeur de l'immeuble. Le vendeur profite bien des améliorations survenues, les créanciers hypothécaires également : pourquoi les architectes et ouvriers ne profiteraient-ils pas des augmentations de la plus-value qu'ils ont créée : augmentations qui font d'ailleurs partie intégrante de cette même plus-value.

L'article 2133 doit s'appliquer non seulement aux améliorations consistant en immeubles par nature, mais aussi aux accessoires, immeubles par destination : objets qui, par exemple, sont adjoints au fonds parce qu'on les y fixe matériellement à perpétuelle demeure, ou parce qu'on les destine à servir à l'exploitation agricole ou industrielle (1) du fonds dont elles deviennent dès lors un élément stable, essentiel, et dont elles font partie intégrante.

Mais faut-il aller jusqu'à en conclure que ces objets devenus, pour ainsi dire, le fonds lui-même, sont le gage exclusif de ceux qui ont une hypothèque sur le fonds. En sorte que les privilèges existant sur le meuble, confondu désormais avec l'immeuble et ayant perdu sa nature juridique

---

(1) Comp. Thézard, *loc. cit.*, p. 93.

propre de meuble et devenu lui-même immeuble, disparaissent avec ce meuble.

Ce serait là, d'après nous, une exagération : ce n'est qu'à raison de sa destination que le meuble est fictivement immobilisé. Il garde néanmoins sa nature propre et juridique de meuble ; il pourra, c'est la meilleure preuve, reprendre sa forme et sa nature premières, s'il vient à être détaché du fonds. Or, les créanciers privilégiés ont précisément le droit de l'en détacher, puisque au moment de son affectation immobilière nouvelle, il a été attaché à l'immeuble hypothéqué sans doute ; mais tel qu'il se comportait, avec les charges qui le grevaient ; avec, par conséquent, le privilège du vendeur qui lui était attaché préalablement (1).

Néanmoins, l'hypothèque consentie sur les immeubles par destination, en même temps que sur l'immeuble lui-même, s'étend aux améliorations ou augmentations faites à ces meubles devenus immeubles. Ainsi l'hypothèque portant sur un hôtel garni porte sur l'immeuble, sur les meubles qui le garnissent, sur les améliorations apportées à ces meubles. Il n'importe d'ailleurs que ces améliorations aient été consenties par le débiteur ou par un

---

(1) En ce sens : Colmet de Santerre, *loc. cit.*, tome IX, n° 32 bis, VII. — Thézard, *loc. cit.*, p. 95.

En sens contraire : Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 284, note 4.

tiers; réserve faite du droit qu'aurait le tiers détenteur d'exiger des créanciers hypothécaires le remboursement de la plus-value que les améliorations ont procuré à l'immeuble. Nous dirons du créancier privilégié conservateur du meuble ce que nous venons de dire du tiers détenteur.

C'est chose entendue : l'article 2133 s'applique à toute acquisition par accession, par incorporation intime à la chose, et le mot amélioration doit être pris *lato sensu*. Mais, il n'y a plus amélioration s'il s'agit d'une acquisition nouvelle, ou d'une acquisition indépendante de l'immeuble qui n'a, avec lui, qu'un rapport d'union passagère, accidentelle.

D'abord, s'il s'agit d'une acquisition nouvelle : à un domaine déjà hypothéqué, le débiteur ajoute des pièces de terre nouvellement acquises ou qui dépendaient anciennement d'une autre exploitation. Il n'y a pas là incorporation, il y a juxtaposition, et cette contiguité n'empêche en rien les deux immeubles d'être distincts l'un de l'autre, d'être soumis, par suite, chacun à un régime juridique qui lui est propre, d'être en particulier affectés d'hypothèques différentes (1). En deux mots, il ne s'agit pas d'un immeuble, mais de deux immeubles,

---

(1) L'immeuble ainsi acquis, resterait frappé des hypothèques auxquelles il était assujéti dans le patrimoine du vendeur : c'est une simple conséquence du droit de suite.

et le principe de spécialité s'oppose à ce que la même hypothèque frappe plusieurs immeubles non individuellement désignés.

On devrait voir aussi une acquisition nouvelle dans le cas où la propriété acquise en second lieu, serait réunie dans le même enclos que l'immeuble hypothéqué. Sans doute, en vertu de l'article 1019 le legs s'étend alors à la partie nouvellement acquise; mais en matière de legs, c'est à l'interprétation de la volonté du testateur, c'est à la recherche de son intention présumée que s'attache le législateur.

En notre matière de spécialité hypothécaire, il doit assurer le maintien d'un principe d'ordre public; il faut qu'il y ait individualisation d'un bien pour qu'il puisse être hypothéqué. Les principes sont différents : la solution ne peut être la même : d'une part, analyse de volonté; d'autre part, garantie d'ordre public.

S'agit-il maintenant de l'acquisition d'une chose qui n'ait avec l'immeuble qu'un rapport accidentel, qui ne lui est pas uni, qui ne lui est pas assimilé. Il n'y a pas davantage d'hypothèque s'étendant à la plus-value procurée. Ainsi en est-il de la découverte d'un trésor sur l'immeuble hypothéqué : le trésor est une chose mobilière complètement distincte de l'immeuble (1). De même l'hypothèque ne s'appli-

---

(1) Demolombe : cours de droit civil, tome XIII, n° 46 *bis*.

querait pas à la nouvelle construction édifiée à la suite de la destruction de l'ancienne et pour la remplacer.

Ce n'est pas seulement l'augmentation de valeur de l'immeuble par l'amélioration qui doit être envisagée ; c'est aussi l'augmentation de valeur par suite de la disparition d'une charge qui dépréciait l'immeuble : une servitude prescrite, l'usufruit réuni à la nue-propriété, la nue-propriété adjointe à l'usufruit.

Ce sont des hypothèses très intéressantes que celle de la consolidation ou réunion de l'usufruit à la nue-propriété et celle de la réunion de la nue-propriété à l'usufruit. On raisonne très souvent ainsi :

L'état normal de la propriété est d'être libre de toute charge ; quand la propriété est nue, c'est-à-dire grevée de la charge réelle qu'est l'usufruit, elle n'en tend pas moins au fur et à mesure que l'usufruit s'écoule à redevenir pleine et entière propriété. Il est donc naturel que la chose toute entière en usufruit et nue-propriété devienne le gage hypothécaire des créanciers quand cette chose est revenue, grâce à la consolidation, à son état normal, qui est d'être libre de toute charge.

Il en est, au contraire, tout autrement, quand la nue-propriété vient s'ajouter à l'usufruit sur la tête de l'usufruitier. C'est une acquisition nouvelle

et non conforme à la nature des choses que réalise ce dernier ; c'est un droit distinct qui vient se juxtaposer à l'usufruit. Il n'est plus vrai de dire que les deux droits sont destinés forcément à se réunir, qu'ils se réunissent, qu'ils se consolident peu à peu chaque jour. S'il est naturel que l'usufruit aille se perdre dans la nue-propriété et rende à la propriété son étendue actuelle, c'est par un événement fortuit, c'est par suite d'une situation nouvelle que la nue-propriété est venue s'ajouter à l'usufruit. Usufruit et nue-propriété sont deux portions d'une même chose ; tout se passe comme si propriétaire d'un terrain, on l'hypothéquait et que l'on se rendit ensuite acquéreur d'un immeuble contigu. Les deux droits sont juxtaposés, ils ne sont pas incorporés l'un à l'autre (1).

Cette distinction habituellement faite ne nous paraît pas peut-être à l'abri de toute critique. Nous concevons plutôt la propriété comme constituée par l'ensemble de ses démembrements, dont chacun (servitudes-hypothèque-usufruit), a son rôle propre, sa fonction à lui, et peut par conséquent être hypothéqué séparément. On a hypothéqué la nue-propriété et elle seule ; l'usufruit a pu être hypothéqué de son côté et lui seul : le créancier du nu-proprié-

---

(1) Troplong, *loc cit.*, n° 553 bis. — En sens contraire : Duranton, *loc cit.*, tome XIX, n° 265.

taire n'avait pas à compter sur l'usufruit qui n'appartenait pas à son débiteur, qui avait son utilité particulière en dehors de la nue-propriété; au jour de la constitution d'hypothèque, les deux parties avaient en vue, non pas la nue-propriété et l'usufruit, mais au contraire la nue-propriété détachée de l'usufruit : fragment bien déterminé du droit de propriété.

Peut-on considérer un immeuble comme amélioré ou transformé, lorsqu'à la place de cet immeuble détruit ou détérioré, se trouve une indemnité à toucher d'une compagnie d'assurances ?

Pour ne pas scinder l'exposé de cette question, nous en renvoyons l'examen à notre quatrième section : « Ce qui arrive quand l'immeuble hypothéqué se détériore ou périt (1). »

---

(1) Voir *infr.*, pages 119 et suiv.

## TROISIÈME SECTION

**Nécessité de l'existence actuelle du gage  
hypothécaire. — Exceptions à la prohibition  
de l'hypothèque des biens à venir**

Une application absolument rigoureuse du principe de spécialité conduirait à la prohibition absolue de l'hypothèque des biens à venir. Il est incontestable qu'un bien qui n'a pas d'existence actuelle est insusceptible d'être individualisé comme élément du patrimoine du débiteur. Il n'appartient pas à ce débiteur.

Mais, appliqué avec cette rigueur étroite, le principe de spécialité, comme tous les principes poussés à l'extrême, présenterait les plus graves inconvénients. Il priverait de tout moyen de crédit hypothécaire l'individu à qui l'argent seul fait défaut peut-être pour réussir. Si cet individu doit attendre que la fortune immobilière sur laquelle il compte légitimement lui soit échue pour obtenir le crédit nécessaire à ses entreprises, n'est-il pas à craindre qu'il se décourage et s'abstienne ?

Que l'hypothèque des biens à venir soit interdite quand le débiteur a les moyens actuels suffisants de

crédit, et que le principe de spécialité soit alors respecté, rien de mieux. Mais l'insuffisance, mieux encore, l'absence complète de biens présents, alors que l'on est en droit d'escompter dans l'avenir une fortune immobilière, doit être un motif qui permette de profiter de légitimes espérances.

Le principe de spécialité a pour but de favoriser le crédit du débiteur, non de l'entraver ; étroitement interprété, il irait contre son but même. Les rédacteurs du Code civil l'ont très bien compris. Et les articles 2130 et 2131 ont, tout en respectant le principe de spécialité, apporté d'heureuses dérogations à sa rigueur. C'est de l'article 2130 dont nous devons ici nous occuper. Il est ainsi conçu : *Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut (le créancier), en exprimant cette insuffisance, consentir à ce que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions.*

Nous croyons cet article très sage. Il est cependant un des plus attaqués du Code, et il en aurait certainement disparu si le projet de réforme hypothécaire élaboré en 1851 avait eu force de loi. Il a été aboli dans plusieurs pays qui l'avaient d'abord adopté en même temps que le Code. Il disparaîtra du système hypothécaire français, si le projet de M. Darlan est accepté.

Avant de justifier plus complètement l'opinion

favorable que nous nous en sommes faite, commençons par faire l'analyse de cet article, et voyons comment il doit être appliqué dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence ; fixés sur ce point, nous comparerons avec plus de facilité ses avantages et ses inconvénients.

Cet article est dérogatoire au principe de spécialité; aussi, énumère-t-il avec soin les conditions requises pour son application. Essayons de dégager l'esprit du texte et de nous y conformer exactement.

Quatre conditions sont exigées pour que l'article 2130 puisse s'appliquer :

La première : que les biens présents soient hypothéqués et qu'ils le soient tous ;

La seconde : que les biens présents ainsi hypothéqués soient insuffisants ;

La troisième : que cette insuffisance soit déclarée dans le contrat ;

La quatrième : que la constitution d'hypothèque des biens à venir résulte d'une stipulation formelle.

*Première condition. — La constitution d'hypothèque des biens à venir doit être seulement subsidiaire.* Tous les biens présents du débiteur doivent avoir été déjà fournis en gage aux créanciers. Rien de plus naturel : pourquoi engager l'avenir sans nécessité ; le principe de spécialité et l'intérêt du débiteur lui-même sont en parfait accord. Il faut donc

que les biens présents aient été hypothéqués et tous hypothéqués.

Mais celui qui n'a pas de biens présents pourrait-il hypothéquer ses biens à venir ? Pas de *biens présents*, disons-nous, c'est-à-dire en matière hypothécaire, pas d'*immeubles* présents. Malgré l'autorité de son auteur (1), il ne nous est pas possible d'accorder crédit à l'opinion isolée qui entend par insuffisance de biens présents, l'insolvabilité actuelle c'est-à-dire l'insuffisance ou l'absence de biens quelconques, meubles ou immeubles, qui soient la propriété du débiteur. A ce compte, la question de savoir si l'absence de biens présents permet l'hypothèque des biens à venir ne souffrirait aucune difficulté, par la raison fort simple qu'elle ne se poserait pas. Quel est donc le débiteur dépourvu de tous biens présents ? N'eut-il que les vêtements qui le couvrent, il aurait des biens présents et qui répondraient à la condition d'insuffisance érigée par notre article 2130.

Mais la question n'est pas de solution aussi aisée si l'on admet, et cela nous paraît incontestable, que le législateur a entendu exiger l'insuffisance d'*immeubles* présents. La doctrine est des plus divisées, et la jurisprudence presque unanime,

---

(1) Colmet de Santerre, *loc. cit.*, n° 97 *bis*, p. 188.

s'attache exclusivement au texte de l'article 2130, et exige pour l'hypothèque des biens à venir, la présence dans le patrimoine d'immeubles insuffisants, déjà tous hypothéqués.

Voici le raisonnement strict de la jurisprudence : le texte de l'article 2130 est formel : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants... » Nous sommes ici sur un terrain assurément exceptionnel : il s'agit de déroger à un principe d'ordre public, le principe de spécialité. Nous devons donc nous en tenir rigoureusement aux termes de la loi que nous avons à appliquer.

Un auteur, Paul Pont, fournit une justification théorique très ingénieuse du système de la jurisprudence. L'article 2130 déroge au principe de spécialité ; il ne l'abandonne pas et même prend grand soin de s'en écarter le moins possible ; il impose au débiteur, qui offre ses biens à venir comme gage hypothécaire, la nécessité d'avoir au moins quelques biens présents qui puissent être spécialement affectés et dont l'existence, aux mains de ce débiteur, permette la formation du contrat hypothécaire. En d'autres termes, l'affectation des immeubles futurs n'est offerte au créancier, et ne peut-être acceptée par lui que comme supplément de garantie : « C'est là, dit notre auteur, une éventualité dont le résultat est incertain, et c'est par là que notre solution se trouve pleinement justifiée en

ce que l'on ne comprendrait pas, que l'obligation subsidiaire fut permise à qui n'a pas la possibilité de prendre l'engagement principal (1). »

Présenté sous cette forme l'argument est séduisant; à l'examiner de près, il se réduit à une simple affirmation de la solution qu'il s'agit de dégager. Il y a, dit-on, relation d'accessoire à principal entre l'hypothèque des biens à venir et l'hypothèque des biens présents; mais c'est précisément ce que nous nous demandons. L'hypothèque des biens à venir est subsidiaire; c'est un supplément de garantie; qu'est-ce à dire sinon qu'elle exige au préalable l'existence de biens présents hypothéqués; ce qui est à démontrer...

La loi agirait ainsi pour obéir au principe de spécialité. Étrange façon de respecter ce principe de spécialité que d'envisager le patrimoine dans sa généralité et de dire: l'état de votre patrimoine est suffisant pour que je vous permette d'hypothéquer subsidiairement vos biens à venir. Si la loi avait fait cela, elle aurait obéi à une pensée de défiance envers l'hypothèque des biens à venir et pris en considération l'ensemble de la situation de fortune du

---

(1) Pont, *loc. cit.*, n° 688, *in fine*, page 123. — Voir aussi en ce sens: Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 266, note 27.

Persil, *loc. cit.*, art. 2130, n° 7. — Mourlon: Répét. de code civil, tome 3, n° 1497.

Angers: 1<sup>er</sup> avril 1868. (Dalloz, 68.2.83) et Cassation: 30 janvier 1872 (Dalloz, 74.1.99).

débiteur, la généralité de ses biens, pour permettre l'application de l'article 2130.

Plus respectueuse du principe de spécialité, elle a exigé que l'inscription soit prise sur chacun des immeubles qui entreraient dans le patrimoine du débiteur, au fur et à mesure de cette entrée. Mais là se bornent ses exigences. La préoccupation qui l'a guidée est visiblement celle-ci. Votre crédit actuel est-il suffisant? N'engagez pas l'avenir. Est-il insuffisant? Hypothéquez les biens qui pourront vous advenir.

Or, n'a-t-on pas plus besoin de crédit quand on n'a pas de biens actuels du tout? Et qu'on ne nous objecte pas que le principe de spécialité serait vite éludé par ceux qui ne possèdent rien et qui consentiraient facilement l'hypothèque des biens à venir! Nous ne craignons pas les applications trop fréquentes de notre règle: les prêteurs d'argent ne feront jamais un fonds exagéré sur de simples espérances, si légitimes qu'elles puissent être.

Reste la question du texte; l'article 2130 exige des biens présents et libres qui soient insuffisants...

La réponse est aisée: l'absence est l'insuffisance maxima, rien de plus. Et combien il serait facile d'éluder la règle de l'article 2130 et de passer de l'absence complète de biens à l'insuffisance demandée par l'acquisition d'une parcelle minime de terrain. On l'a dit bien souvent: suffira-t-il d'acheter un

centiare de terrain pour pouvoir user de notre article ? Il est impossible que le législateur est ainsi pris une décision qui tient compte d'une apparence purement matérielle et qui ne va pas au fond des choses (1).

Qu'on ne dise pas que l'acquisition de cette petite parcelle de terrain pourrait constituer une fraude à la loi et entraîner l'annulation de l'hypothèque constituée, par application de la maxime : « *fraus omnia corrumpit* ». Le débiteur n'aurait fait que se conformer au vœu de la loi, du moins à ses exigences ; son achat serait bizarre, mais non frauduleux ; et c'est l'étrangeté de la loi elle-même qui expliquerait l'étrangeté du procédé.

Quant au principe *exceptio est strictissimae interpretationis*, il entend dire qu'il faut étudier avec soin l'esprit de la loi quand elle édicte une disposition exceptionnelle, et se hâter de revenir aux principes généraux dont la loi a pu s'écarter momentanément.

Il ne faut pas étendre les exceptions... sans doute, mais notre interprétation n'est pas extensive ; c'est par *a fortiori* que nous raisonnons. Si la loi vient en aide au débiteur qui n'a pas assez de biens, comment

---

(1) Colmet de Santerre, loc. cit. n° 97 bis II. — Thézard, id. n° 66. Baudry : précis de droit civil, t. III, n° 1302. — Comp. Baudry-Lacantinerie et de Loynes : du nantissement, des priv. et hypothèques, tome II, n° 1385.

empêcherait-elle celui qui n'a aucun bien et qui a, par conséquent, bien plus besoin d'être aidé, de trouver le crédit nécessaire pour le sortir de situation? N'avoir rien, c'est vraiment la vraie façon d'être autorisé à dire que l'on n'a pas assez. Notre opinion ne mérite donc pas le reproche qu'on lui adresse de suppléer au silence de la loi.

On devine aisément la solution que nous donnons à la question débattue en doctrine et en jurisprudence de savoir si la résolution du droit de propriété du constituant sur les immeubles présents est un obstacle au maintien de l'hypothèque des biens à venir sur lesquels, au moment de la résolution, l'hypothèque constituée n'a pas été inscrite.

Pareille question ne peut se poser que pour ceux qui interdisent l'hypothèque des biens à venir quand le débiteur n'a pas de biens présents. Ils se demandent dès lors si la perte des biens présents par suite de cette résolution de la propriété annule la constitution de l'hypothèque sur les biens à venir. Dans leur système, l'affirmative paraît logiquement s'imposer. L'effet de la résolution est que le débiteur est réputé n'avoir jamais eu la propriété des biens hypothéqués comme présents ; et dès lors, l'hypothèque des biens à venir a eu lieu en l'absence des biens présents, ce qui est, dit-on, interdit.

Nos adversaires reculent cependant devant les conséquences extrêmes de leur système. La Cour

de cassation allègue qu'au moment où le contrat a été formé, il réunissait toutes les conditions exigées par l'article 2130, que les affectations hypothécaires ont eu lieu régulièrement et doivent être dès lors à l'abri des résolutions postérieures, atteignant la propriété des immeubles présents hypothéqués en premier lieu ; la loi n'a subordonné la validité de l'hypothèque des biens à venir qu'à la validité de l'hypothèque des biens présents, non à son efficacité ; si la loi subordonne l'hypothèque des biens à venir à celle des biens présents, c'est là une exigence de fait, non une exigence de droit. On ajoute que c'est le seul système possible et raisonnable ; le système contraire conduirait, dans des cas très nombreux, à l'annulation de l'hypothèque consentie dans les termes de l'article 2130 : le constituant serait tenté de se créer un crédit à peu de frais ; le créancier serait à sa merci (1).

La Cour suprême a récemment donné la solution de cette difficulté dans un cas spécial où la résolution résultait des effets d'un partage : les droits du débiteur sur les immeubles présents hypothéqués avaient été résolus par l'effet déclaratif du partage (2). La Cour a décidé que la seule part du

---

(1) Voir note sous arrêt de Cour de cass., 11 mars 1895, rapporté dans Dalloz, 95, 1.305. — Comp. Pont périodique, 95, 1.353.

(2) Voir l'arrêt cité note précédente.

co-partageant était alors affranchie de l'hypothèque, et que la résolution n'atteignait pas l'hypothèque établie sur les biens à venir.

Les juges se sont laissés guider par les considérations générales que nous avons indiquées ; ils auraient pu ici tirer argument du caractère relatif de la règle de l'article 883 du Code civil : c'est entre co-partageants que l'effet rétroactif se produit et peut être invoqué ; il n'appartient pas aux ayant-cause d'un co-partageant, notamment aux créanciers hypothécaires ou chirographaires de se prévaloir de cette rétroactivité. Ceux-ci ne pourraient donc poursuivre la nullité de l'hypothèque des biens à venir.

Pour en finir sur ce point particulier, notons que si le bien que le constituant avait hypothéqué comme bien présent avait été perdu par suite de résolution, et lui revenait ensuite *ex post-facto*, il ne serait pas affecté comme bien présent, mais comme bien à venir : l'inscription primitive ayant été faite sans droit, il faudrait une nouvelle inscription. Et ceci est parfaitement logique, puisque c'est à un titre nouveau qu'il y a eu acquisition de l'immeuble pour la seconde fois.

*2<sup>me</sup> Condition.* — La seconde condition exigée par la loi pour l'application de l'article 2130 est celle-ci : *au cas où le débiteur a des immeubles présents, ces*

*immeubles doivent, en tous cas, être insuffisants pour le paiement de la dette contractée.*

Ne revenons plus sur la légitimité de cette exigence : permettre l'hypothèque des biens à venir quand le débiteur a des biens présents suffisants, c'eût été dans l'article 2130, enlever tout effet au principe qu'en termes exprès venait de formuler l'article 2129.

Il est nécessaire que les biens présents présentent un gage hypothécaire insuffisant, même dans le cas où un tiers, caution réelle, hypothèque ses biens à venir à la sûreté de la dette d'autrui. Cette affectation est possible, car les règles de l'acte constitutif d'hypothèque s'appliquent à quiconque est partie à la convention hypothécaire (1). La qualité d'obligé personnel à la dette n'a rien d'indispensable : c'est ici de crédit hypothécaire, de crédit réel, non de crédit personnel qu'il est question. D'un autre côté, il importe de protéger contre ses propres entraînements aussi bien le tiers qui cautionne réellement la dette hypothécaire que le débiteur hypothécaire lui-même. C'est donc seulement à défaut de biens présents, ou après hypothèque de ses biens présents, que le tiers pourrait subsidiairement affecter à la sûreté de la dette ses biens à venir.

---

(1) Colmet de Santerre, loc. cit., 97 bis, V.

L'insuffisance des biens présents constitue donc une condition essentielle à la validité de l'hypothèque des biens à venir. Cette insuffisance existe quand les immeubles *présents et libres* du débiteur ne représentent pas une valeur vénale assez considérable pour la sûreté de la créance. Nous avons déjà dit que *biens* signifie ici *immeubles*; le sens du mot *biens présents* ou *immeubles présents* nous est connu également. Et enfin par *biens libres*, notre article désigne les biens exempts de toute charge hypothécaire, ou la partie de ces biens que laisse encore libre l'existence de charges hypothécaires antérieures.

Cette valeur libre se calcule en déduisant de la valeur totale le montant des créances garanties par les hypothèques (ou privilèges) existant sur l'immeuble.

En résumé, le Code ne dispense pas en principe le constituant d'affecter d'hypothèque les biens déjà grevés, mais il tient compte, pour apprécier la condition d'insuffisance, des charges hypothécaires. Un exemple rendra plus nette cette exigence du législateur. Primus veut emprunter 5.000 francs en affectant à la sûreté de la dette un immeuble qui n'en vaut que 3.000 : c'est l'insuffisance proprement dite. — Primus veut emprunter 5.000 francs en affectant un immeuble qui en vaut 8.000, mais qui est déjà affecté à la garantie d'une autre dette de 5.000 francs : c'est l'insuffisance par suite de charges

hypothécaires préexistantes. Dans les deux cas, l'article 2130 s'applique : aucun chiffre, aucune proportion, ne sont fixés pour cette application ; il suffit que la créance excède, fût-ce d'une somme minime, la valeur des biens présents et libres.

*3<sup>me</sup> Condition.* — Mais l'insuffisance n'apparaîtra pas toujours avec la même évidence que dans les deux exemples précités. A défaut de plus amples renseignements, l'article 2130 s'en remet au débiteur et exige, c'est la troisième condition qu'il impose à la constitution d'hypothèque des biens à venir, une *déclaration faite par le débiteur lui-même dans l'acte constitutif*.

Cette déclaration n'a rien de sacramentel. Il suffit qu'elle soit nettement et clairement exprimée par des énonciations assez précises, pour ne permettre aucun doute. Ainsi a été validée la déclaration du débiteur qu'il hypothèque ses biens à venir, pour garantir davantage le remboursement de la somme empruntée, surtout s'il ajoute qu'il agit conformément à l'article 2130 du Code civil (1). Ainsi, croyons-nous, devrait être validée la déclaration qui constaterait que tous les immeubles présents sont hypothéqués au-delà de leur valeur : c'est là un cas

---

(1) Nancy, 22 août 1867. Dalloz (68.2.117).

d'absence de biens présents et dans notre opinion l'hypothèque des biens à venir est alors valable. Nous repoussons l'idée de certains qui prétendent que dans ce cas, les immeubles présents doivent être hypothéqués bien que n'offrant plus aucune garantie hypothécaire. Nous nous demandons même si dans ce cas, en permettant l'hypothèque des biens à venir, ces auteurs sont bien conséquents avec leur idée que l'hypothèque des biens à venir n'est pas permise au cas d'absence de biens présents. La propriété absorbée par des démembrements qui ne lui laissent aucune valeur, disparaît complètement. Et le simulacre d'affectation hypothécaire que l'on propose, arrive à faire constater non l'insuffisance des biens présents, mais leur absence totale. Dès lors, il n'est pas logique d'admettre, en ce cas, l'hypothèque des biens à venir. C'est un faible signe de la vérité d'un système que cette ingéniosité de ses partisans à en éluder les conséquences.

Mais cette déclaration, si elle n'a rien de sacramentel, doit être concomitante à la constitution des biens présents et à venir ; sinon la stipulation serait nulle, alors même que les biens présents seraient réellement insuffisants.

Le défaut de déclaration d'insuffisance entacherait, disons-nous, de nullité la constitution des biens présents et à venir : mais il ne faudrait pas exagérer la portée de cette nullité ; et la constitution d'hypo-

thèque vaudrait en tant qu'elle porterait sur les biens présents ; c'est l'hypothèque des biens à venir seule qui ne produirait pas son effet.

Quelle serait la valeur d'une déclaration d'insuffisance des biens présents qui serait contraire à la réalité des faits ? Question assez théorique, on en conviendra, car le débiteur et le créancier n'ont pas intérêt à faire porter l'hypothèque sur les biens à venir. Le débiteur a un intérêt manifeste à ne pas exposer une prétendue détresse. Le créancier défiant pourra cependant profiter d'un besoin d'argent momentané pour se faire accorder cette garantie exagérée.

Qu'advient-il, alors ? La déclaration mensongère d'insuffisance des biens présents, suffit-elle, malgré tout, à valider l'affectation hypothécaire des biens à venir. La constitution d'hypothèque des biens à venir sera-t-elle au contraire annulée ?

C'est là une controverse qui, selon nous, n'a pas de raison d'être. L'article 2130 exige la condition d'insuffisance des biens présents : il doit y être satisfait (1). Il se contente de la déclaration du débiteur : c'est à défaut d'autres preuves. Si la preuve contraire est fournie, s'il est manifestement démontré,

---

(1) En ce sens : Pont, *loc. cit.*, n° 684. — Mourlon, *loc. cit.*, tome III, n° 1492.

que les biens présents sont suffisants, comment permettre la constitution de l'hypothèque des biens à venir? Il nous faut cependant insister quelque peu : d'excellents esprits se sont ralliés à l'opinion contraire à celle qui, franchement, nous paraît évidente. On nous objecte que la loi s'est contentée de la déclaration, afin que le débiteur ne soit pas astreint à des vérifications embarrassantes, à une évaluation exacte de la valeur de ses biens.

C'est vrai, mais les parties doivent-elles abuser de cette tolérance de la loi pour en éluder les dispositions essentielles au détriment des acquéreurs des biens entrés ultérieurement dans le patrimoine du débiteur, au détriment des créanciers hypothécaires postérieurs ?

On ajoute parfois que les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'apprécier la déclaration du débiteur, car aucun texte ne le leur confère ; la loi dit-on aurait d'autant plus fixé, dans ce cas, les pouvoirs du juge que le jugement ne pourrait être rendu qu'après nombre de procès, expertises, à raison de la difficulté de la preuve à fournir.

Mais où prend-t-on qu'il est besoin d'un texte pour permettre aux intéressés de faire la preuve d'une déclaration fausse qui les lèse ? Nous serions mieux fondés à demander le texte qui leur interdit expressément de fournir cette si naturelle justification de leur droit. La preuve est difficile. Ils reculeront donc

très souvent devant elle, mais s'ils l'apportent, pourquoi leur refuser satisfaction ?

M. Colmet de Santerre trouve que la déclaration d'insuffisance est une preuve péremptoire de la réalité de l'insuffisance des biens présents, puisque le créancier ne se contentait pas de la garantie donnée par ceux-ci et demandait, en garantie supplémentaire, les biens à venir. Mais qui donc garantit que ce créancier n'est pas trop exigeant ; maître du contrat, ne peut-il imposer une loi trop dure au débiteur ? Faut-il donc favoriser pareilles exigences ? Ne craint-on pas un retour indirect à l'hypothèque générale ? L'article 2129 pourrait aisément devenir lettre morte : notre principe de spécialité serait aisément éludé, dans des circonstances où le crédit est déjà affaibli, où les créanciers en conséquence, sont portés à la rigueur, par l'insertion comme clause de style dans les constitutions d'hypothèque, d'une déclaration d'insuffisance des biens présents.

Et les débiteurs, au moment même où la protection que leur assure l'article 2129 leur serait le plus nécessaire, s'en trouveraient privés ; on en reviendrait au régime de l'hypothèque générale et d'une hypothèque d'autant plus lourde que par la publicité qui lui serait donnée, elle serait connue de tous et tarirait ouvertement la source du crédit. M. Colmet de Santerre prétend que si l'on permet de critiquer la déclaration d'insuffisance du débiteur, il ne se

trouvera plus de capitaliste pour accepter comme garantie, les biens à venir, parce que il craindrait toujours que les tribunaux n'envisageassent pas comme lui la valeur des biens présents et leur suffisance, et ne déclarassent suffisant le gage qui lui paraîtrait trop faible pour garantir sa créance. Ce danger ne nous apparaît pas bien redoutable ; il ne faut pas oublier qu'il sera très difficile aux intéressés de fournir la preuve délicate de la suffisance du patrimoine présumé, d'après la déclaration, insuffisant. Ils ne se risqueront que difficilement à faire une preuve pareille ; et nous craignons bien plus que le débiteur qui a hypothéqué ses biens à venir, ne trouve plus de crédit, malgré l'insuffisance des biens présents, que nous ne redoutons la pénurie de prêteurs sur biens à venir en présence de biens actuels suffisants !

Enfin et surtout, il faut éviter, par simple déclaration dictée par le créancier, un retour indirect à l'hypothèque générale ; il faut une sanction à l'article 2130. — Mais il importe d'en déterminer l'étendue.

Les créanciers hypothécaires ultérieurs et les acquéreurs de biens entrés postérieurement dans le patrimoine du débiteur, puis revendus par lui, pourront attaquer sa déclaration et faire annuler la constitution des biens à venir, en vertu de ce principe que toute personne peut en appeler aux tribu-

naux pour faire cesser un dommage et un tort contraire au droit. Or, ici, en contestant la déclaration d'insuffisance, c'est à un élément essentiel, à la validité de la constitution d'hypothèque que s'attaquent les intéressés. Pas d'hypothèque de biens à venir, pas de crédit engagé pour l'avenir si les biens présents sont suffisants, si le crédit actuel permet de faire face à tous besoins ; c'est l'existence d'un élément essentiel et nécessaire à la validité juridique de l'hypothèque qui fait l'objet du débat. Les juges du fait tranchent donc une question de droit, en statuant sur notre controverse, et leur décision n'échappe pas au contrôle de la Cour de Cassation. Il en va tout autrement en tant qu'ils se bornent à constater la suffisance ou l'insuffisance des biens présents ; ils statuent alors souverainement.

Le créancier, bien entendu, ne pourrait critiquer la déclaration d'insuffisance faite par son débiteur pour réclamer une hypothèque sur les biens présents qu'il découvrirait avoir été libres au moment de la convention. C'était à lui de mieux s'informer lors du prêt consenti ; le préjudice est dû à sa négligence.

Mais le débiteur qui, après avoir hypothéqué tous ses biens présents, hypothèque par surcroît et inutilement ses biens à venir, peut-il faire annuler la déclaration qu'il a faite ? Non, en principe, la déclaration est une loi pour lui qui en est l'auteur.

Il faut cependant réserver le cas où sous la pression d'un besoin urgent d'argent et menacé de poursuites rigoureuses par son créancier, il lui aurait consenti sous l'influence de cette violence morale la garantie hypothécaire sur tous ses biens à venir.

*4<sup>me</sup> Condition.* — La dernière condition consiste dans la *nécessité pour le débiteur d'une disposition expresse dans l'acte constitutif*, en vertu de laquelle ses biens à venir soient soumis à l'hypothèque au fur et à mesure des acquisitions (art. 2130 *in fine*).

Le principe de spécialité ne peut ici, bien entendu, recevoir satisfaction dans l'acte constitutif ; la désignation exacte des biens à venir est matériellement impossible. Mais dans la mesure du possible, notre principe n'en sera pas moins respecté ; et quand la publicité interviendra, c'est-à-dire au fur et à mesure qu'un à un les immeubles entreront dans le patrimoine, cette publicité sera spéciale et l'inscription portera sur chacun des immeubles au fur et à mesure de leur acquisition. Le principe de publicité aide ici celui de spécialité et en permet la réalisation partielle. Et pour bien sauvegarder encore l'application du principe de publicité, pour éviter de nuire aux droits de tiers à qui des hypothèques auraient, par exemple, été consenties par le précédent propriétaire, c'est seulement à dater du jour de l'entrée du bien dans le patrimoine du

débiteur, qu'au moyen de l'inscription, l'hypothèque des biens à venir prend rang. La spécialité vient à son tour en aide à la publicité en sauvegardant par la nécessité de la désignation du bien entrant dans le patrimoine, l'application du principe de publicité.

Cette nécessité d'une inscription spéciale sur chaque immeuble entrant dans le patrimoine est unanimement reconnue par la doctrine et la jurisprudence. On l'a cependant autrefois contestée (1). On s'appuyait pour cela, sur les termes mêmes de l'article 2130. La rédaction de cet article est autre que la rédaction proposée par le tribunal de cassation lors de l'élaboration du Code. Aux mots *peut s'inscrire sur chacun des biens du débiteur*, on a substitué les mots : *demeurat affecté*. Il importe pour s'en rendre compte, de voir pourquoi a eu lieu cette substitution ; c'est pour une simple raison de méthode : l'article 2130 est placé au chapitre de la constitution des hypothèques conventionnelles : c'est question de spécialité, non de publicité.

C'était là un scrupule exagéré ; si plus que tous autres nous voulons distinguer ces deux questions, nous avons cependant reconnu qu'ici les principes de spécialité et de publicité se prêtent un mutuel

---

(1) Voir Caquot : journal du notariat, nos 212, 219, 245. — Rolland de Villargues : répertoire du notariat. Hypothèques n° 282.

secours. La spécialité n'est pas possible dans l'acte constitutif ; elle se réfugiera donc dans l'inscription, et si la publicité lui permet de se réaliser, nous savons bien qu'à son tour la spécialité permet à la publicité de s'organiser sur chaque immeuble spécialement désigné.

Ne disons pas avec la Cour d'Angers que l'hypothèque conventionnelle doit être forcément inscrite dans la forme même où elle a été constituée (1). Nous ferions croire alors que la spécialité dans l'inscription, est dans tous les cas, une reproduction pure et simple de la spécialité dans la constitution, et ceci, nous le savons déjà, ne serait pas exact : la publicité a son existence et son régime indépendants ; ce qui ne veut pas dire que publicité et spécialité ne puissent (c'est ici le cas) se prêter un mutuel secours. La Cour d'Angers dit que rien n'autorise à dire que l'hypothèque constituée comme générale doit être inscrite comme spéciale. Mais l'article 2130 nous paraît exprimer le contraire quand il dit « *affecté à mesure des acquisitions* ».

Disons donc que si l'hypothèque conventionnelle des biens à venir est générale dans la constitution, c'est la force même des choses qui veut cette dérogation ; nous nous trouvons sur un terrain excep-

---

(1) Angers, 4 juillet 1842. (Dalloz, 42.2.203.)

tionnel contraire à la règle de spécialité ; hâtons-nous d'y revenir dès que la chose devient possible et disons que la spécialité dans l'inscription, est exigée pour laisser subsister la spécialité du droit hypothécaire lui-même (1).

Si nous consultons d'ailleurs l'article 2148 qui traite de l'inscription, il dit que la spécialité de l'inscription n'est pas nécessaire au cas où il s'agit des hypothèques légales judiciaires ; « *à défaut de convention, une seule inscription pour ces hypothèques frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau* ». Il résulte des mots *à défaut de convention*, qu'au cas d'hypothèque conventionnelle, l'inscription est spéciale, et nous sommes ici dans un cas d'hypothèque conventionnelle. Et même plus qu'ailleurs, il importe d'assurer la publicité spéciale d'une hypothèque qui n'est accordée qu'avec certaines précautions.

Seulement, il est à remarquer que le créancier qui aura les biens à venir en garantie, risquera fort d'être primé par d'autres créanciers ayant une hypothèque légale ou judiciaire, inscrite au bureau dans le ressort duquel se trouve l'immeuble nouvel-

---

(1) Comp. Wolonski, *Revue de législation et de jurisprudence*, année 1846, tome 2, p. 327. — *Revue critique*, tome V, p. 18. — *Revue de législation*, tome II, p. 327. — Cass., 27 avril 1846 (Dall. 46.1.224). — Grenoble, 17 février 1847 (Dall., 48.2.52). — Paris, 20 janvier 1888. (*Gazette du Palais*, 88.1.793).

lement acquis, ou même par des créanciers ayant une hypothèque conventionnelle, et qui, mieux informés de la situation du débiteur, se hâteront de prendre inscription. C'est là le sort de tous les créanciers à hypothèque conventionnelle qui peuvent se voir primés par un créancier à hypothèque générale ignorée ou même par un créancier postérieur plus diligent. Seulement, il est vrai qu'ici le créancier est mal placé pour surveiller à tout instant les changements dans la composition du patrimoine du débiteur qui a hypothéqué ses biens à venir.

M. Thézard propose comme remède d'accorder au créancier investi d'une hypothèque conventionnelle sur biens présents et à venir, un délai pour se faire inscrire après l'acquisition du bien par le débiteur, ce qui lui donnerait alors, s'il s'inscrivait dans le délai, rang d'origine à l'encontre des hypothèques générales (1).

Il est bien entendu que ce rang d'origine ne pourrait pas être opposé aux créanciers ayant reçu hypothèque du chef du précédent propriétaire, bien que postérieurement à l'hypothèque sur biens à venir accordée par l'acquéreur ; l'immeuble entré dans le patrimoine du débiteur affecté des charges qui le grevaient aux mains des propriétaires anté-

---

(1) Thézard : des privilèges et hypoth., n° 66, page 99.

rieurs : c'est cet immeuble ainsi grevé, *cum sua causâ*, tel qu'il se comporte, qui est le gage hypothécaire des créanciers. Quoiqu'il en soit, une fois l'inscription prise sur les biens à venir, ils sont aussi valablement affectés au paiement de la dette que les biens présents lors de leur constitution.

On dit que l'hypothèque des biens à venir n'est que subsidiaire ; on entend par là qu'il est interdit d'hypothéquer inutilement ses biens à venir. Mais quand la nécessité d'y recourir s'est fait sentir et a été reconnue, ses effets sont aussi pleins que ceux de toute autre hypothèque : le caractère subsidiaire s'expliquait pour ne permettre que des hypothèques sur biens à venir en cas d'insuffisance de biens présents ; il perd toute raison d'être quand il s'agit de savoir quels biens seront poursuivis. L'immeuble nouvellement acquis depuis la constitution peut être exproprié au même titre que l'immeuble antérieurement possédé. Le créancier est libre de choisir l'immeuble sur lequel il veut poursuivre le recouvrement de sa créance, de même que si plusieurs biens présents lui avaient été affectés (1).

Nous en avons fini avec l'examen des conditions requises pour la validité de l'affectation hypothécaire des biens à venir. Il n'en est pas d'autres. Notam-

---

(1) Colmet de Santerre, *loc. cit.*, n° 97 bis, III.

ment il n'est pas nécessaire que cette affectation soit faite en termes généraux ; elle ne pourrait sans doute comprendre un immeuble à venir spécialement désigné (1) ; mais il n'est pas d'obstacle législatif à ce que les parties décident qu'elle portera sur le premier immeuble acquis (2), sur ceux qui seront acquis dans l'étendue de tel territoire ; sur tous ceux acquis jusqu'à ce qu'ils aient atteint une certaine valeur qui serait arbitrée par un expert nommé dans l'acte ou choisi par les parties.

Le débiteur pourrait-il constituer les biens qui doivent lui provenir d'une succession future ? Non, d'une manière directe : il y aurait pacte sur succession future dans cette affectation expresse des biens d'une succession non encore ouverte, même si les biens de succession n'étaient pas désignés nominativement. Cette disposition tomberait aussi sous le coup de l'article 2124 qui prohibe l'hypothèque de la chose d'autrui, comme elle tombe sous le coup des articles 791 et 1130 qui prohibent les pactes sur succession future. En effet, tout bien qui n'appartient pas au débiteur et qui n'est pas *res nullius*, appartient à autrui : les biens de la succession ont un propriétaire actuel parfaitement défini.

Mais si les biens d'une succession ne peuvent être

---

(1) Voir plus haut pages 64 et suiv.

(2) Persil. Régime hypothécaire, art. 2130, paragraphe 1<sup>er</sup>.

séparément hypothéqués pour la double raison indiquée, ils peuvent l'être avec tous autres biens à venir, considérés *in globo*. Il n'y a pas alors prise en considération particulière des biens de la succession à échoir ; ceux-ci sont compris dans la masse des biens à venir, et c'est cette masse qui est hypothéquée. Il n'y a pas convention portant sur succession future, mais sur le patrimoine futur en général, et cette convention est d'autant plus licite qu'elle ne porte pas sur des choses appartenant à une personne déterminée.

Il faut cependant réserver l'hypothèse où il y aurait fraude à la loi prohibant les pactes sur succession future : il se peut que les parties n'aient masqué derrière une convention portant sur tous les biens à venir en général qu'une convention dans laquelle elles prenaient en considération exclusivement et avant tous autres les biens attendus d'un parent encore vivant et dont le créancier escomptait la mort prochaine (1).

Les circonstances dans lesquelles l'acte est intervenu, la qualité du créancier, pourront servir d'indices venant révéler la fraude.

Nous avons achevé l'étude des questions particulières que soulève la prohibition de l'hypothèque des biens à venir et nous nous sommes efforcés

---

(1) Dijon, 25 Avril 1855 (Dall. 55, 2.218).

d'élargir, dans la mesure du possible, par une interprétation libérale, le champ des exceptions que le principe comporte. L'hypothèque des biens à venir nous est apparue, pour celui qui n'avait pas de biens présents, comme un moyen de crédit qu'il serait injuste de lui refuser.

Et cependant cet article 2130 qui autorise ce moyen de crédit est l'objet de vives critiques, et dès 1850, M. de Vatimesnil, dans son rapport sur le projet de réforme hypothécaire, en faisait le procès : « La faculté d'hypothéquer les biens à venir n'est pas utilisée dans la pratique des affaires, et si on en usait, elle serait peu morale. Quel est en effet l'individu qui songera à se faire un moyen de crédit de ses biens à venir. En général, c'est le fils de famille qui escompte ainsi d'avance la succession de ses parents. Et quels sont les hommes qui pourront consentir à lui prêter, sur un gage aussi éventuel ? Trop souvent des usuriers qui trouvent dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses, l'équivalent du risque auquel ils s'exposent (1). »

L'honorable rapporteur du projet de réforme

---

(1) Rapport de M. de Vatimesnil au nom de la commission de l'assemblée législative, p. 20.

Comp. celui de M. Bethmont au nom du conseil d'état, p. 45; et dans les travaux de la loi hypothécaire belge (Parent, p. 40 et p. 144), le rapport de la commission spéciale et de M. Lelièvre.

hypothécaire nous paraît s'être attaché exclusivement à un cas tout particulier où l'hypothèque des biens à venir peut présenter des abus. Mais quel est donc le système, si excellent soit-il, qui ne prête par quelque côté à une application abusive? M. de Vatimesnil ne fait qu'attaquer l'hypothèque des biens à venir par le procédé dont on se sert habituellement pour combattre l'hypothèque judiciaire, procédé dont il s'est d'ailleurs servi lui-même dans ce but.

Parlant de l'hypothèque judiciaire, il disait : « Le créancier qui s'est contenté d'un titre sous-seing privé a consenti à n'avoir aucun droit de suite sur les immeubles, ni de préférence sur les créanciers chirographaires. Ce créancier qui, lorsqu'il a contracté, aurait pu exiger une hypothèque, ne l'a pas fait; il a suivi la foi du débiteur. Il ne peut donc avoir droit de préférence sur ceux qui sont dans la même situation que lui »

C'est toujours là ne considérer qu'un petit côté de la question. Il n'est pas que des prêteurs ayant consenti des prêts chirographaires qui obtiennent des jugements. Ceux-là ne peuvent s'en prendre qu'à eux de n'avoir pas exigé une hypothèque conventionnelle; mais les condamnations les plus nombreuses et les plus importantes ont des causes plus graves qu'un prêt d'argent; et bien souvent il était impossible au créancier d'obtenir, dès le début, une hypothèque conventionnelle, et cela même pour la

créance la plus légitime et la plus digne d'être garantie. Qui songerait à critiquer, par exemple, l'utilité de l'hypothèque judiciaire pour garantir la créance des actionnaires d'une société contre les administrateurs qui les ont dupés ?

Il faut donc, croyons-nous, se garder d'une généralisation trop hâtive et ne pas condamner en principe une institution, à raison des abus qu'elle peut engendrer et qu'il vaut mieux s'efforcer de corriger.

Il est vrai, l'hypothèque des biens à venir peut être, en certains cas donnés, un encouragement pour les dissipateurs ; mais croit-on que sa suppression rendrait la raison aux prodigues et l'intégrité aux usuriers ?

Ne doit-on pas aussi considérer le sort de celui qui, riche seulement d'espérances qui ne se réaliseront peut-être que bien tard, sera heureux de trouver dans l'hypothèque des biens à venir un moyen de se procurer un crédit qu'il fera fructifier par son travail et sa bonne conduite (1).

Et ne nous laissons pas arrêter par la crainte de porter atteinte au principe de spécialité. Ne méritons pas nous-mêmes le reproche fait à M. de Vatimesnil et reconnaissons que les meilleurs principes ont leurs inconvénients. Poussé à l'extrême, le principe

---

(1) En ce sens : Voir documents hypothécaires. Martin, tome III, p. 340 (Cour de Pau), p. 332 et 338. En sens contraire, p. 341 et 342.

de spécialité aboutirait à tarir une source de crédit qui pourrait être très féconde si les prêteurs d'argent étaient moins âpres ou plus confiants. D'ailleurs, l'hypothèque des biens à venir sera spécialisée dans l'inscription : il faut autant d'inscriptions que d'acquisitions des immeubles soumis à l'hypothèque des biens à venir.

Nous sommes donc partisans du maintien de l'article 2130 et de son interprétation libérale. Les jurisconsultes et les législateurs ne lui sont pas favorables et le confondent volontiers dans le même mépris qu'ils témoignent à bon droit à l'hypothèque générale. Et pourtant la spécialité dans l'inscription pare aux inconvénients de la généralité; nous avons vu même que le créancier ayant hypothèque sur les biens à venir était victime du créancier à hypothèque générale et nous avons étudié le remède proposé par M. Thézard. L'assimilation n'est donc pas justifiée.

Terminons, pour montrer le bien fondé de cette remarque, par l'examen d'un cas où l'hypothèque des biens à venir remplacerait avantageusement l'hypothèque générale et n'aurait pas ses inconvénients. Il nous est suggéré par l'étude du nouveau projet de M. Darlan sur la réforme hypothécaire. L'hypothèque légale du mineur, d'après le projet, sera spécialisée; le conseil de famille désignera pour quelle somme et sur quels immeubles elle

devra être prise (article 24 du projet); et si les immeubles du tuteur sont insuffisants ou qu'il n'en possède pas, le conseil de famille pourra lui imposer un cautionnement (article 26 du projet). Pourquoi, au lieu de ce cautionnement facultatif, le conseil de famille ne pourrait-il pas décider que dans ces cas l'hypothèque légale du mineur frapperait les biens à venir? Ce ne serait pas là un retour à sa généralité que le projet supprime avec raison, puisqu'il y aurait toujours spécialité, par suite de cette obligation pour le débiteur, s'il a des biens présents, de les hypothéquer principalement et spécialement; et, que cette faculté ne serait accordée que si l'insuffisance des biens présents du tuteur était reconnue par le conseil de famille; appréciation qui pourrait, pour plus de certitude, être frappée d'opposition par tout membre du conseil de famille qui ne la trouverait pas juste, opposition sur laquelle il serait statué par le tribunal, (comparez avec l'article 25 *in fine* du projet).

Nous croyons donc que loin de supprimer l'hypothèque de l'article 2130, comme une conséquence de la suppression des hypothèques générales légales et judiciaires, il serait bon de la maintenir et qu'elle s'accorderait très bien avec cette suppression. Ce que nous avons dit de l'hypothèque légale du mineur s'appliquerait aux autres hypothèques légales telles que celle de l'interdit et de la femme mariée.

## QUATRIÈME SECTION

**Ce qui arrive quand l'immeuble hypothéqué  
se détériore ou périt.**

Il paraîtrait au premier abord que le créancier hypothécaire doit avoir à souffrir des détériorations comme il profite des améliorations. L'objet de son droit, c'est l'immeuble : l'immeuble tel qu'il se comporte, amélioré ou dégradé. Le créancier a stipulé la sûreté telle qu'il la désirait ; il lui appartenait donc, à lui, maître du contrat, d'exiger une garantie plus étendue ; le débiteur doit être quitte dès qu'il a exécuté l'obligation qui résulte du contrat hypothécaire.

Ce n'est pas la solution de l'article 2131 : « *Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents assujettis à l'hypothèque eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque* ». (1)

---

(1) Cet article doit être rapproché de l'art. 2020 cc., « *lorsque la caution reçue par le créancier volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre.* »

Et nous croyons cette solution conforme aux principes et à l'intention des parties. Notre principe de spécialité veut, en effet, que d'une manière rigoureuse et précise, le créancier hypothécaire puisse compter sur le gage qui lui est tout particulièrement affecté en garantie. Il n'a droit qu'à ce bien, mais il a droit à tout ce bien ; il mesure l'étendue du gage avec exactitude ; il proportionne son crédit à la valeur de la garantie hypothécaire offerte. Et l'équité ne permet pas que le créancier qui avait fait de l'hypothèque la condition du terme stipulé pour le remboursement soit abandonné, quand la garantie réelle sur la foi de laquelle il a livré ses fonds, fait défaut ou devient insuffisante (1).

C'est à bon droit, croyons-nous, que le Code permet d'exiger une garantie supplémentaire quand l'insuffisance du gage hypothécaire se révèle après le contrat, comme c'est à bon droit qu'il lui permet d'exiger une garantie supplémentaire, quand au jour de la convention hypothécaire, les biens présents sont insuffisants.

Le principe de spécialité veut que le créancier hypothécaire ait droit à la garantie qu'il lui a paru nécessaire de faire affecter particulièrement à sa créance. Ainsi, au cas de faillite, la suspension

---

(1) Pont, *loc. cit.*, n° 689. — Colmet de Santerre, *loc. cit.*, n° 98 bis I.  
— Laurent, *loc. cit.*, n° 516.

des poursuites individuelles ne s'appliquera pas aux créanciers hypothécaires dont le gage ne doit recevoir aucune altération. Dans le même esprit, notre article 2131 dont il nous faut maintenant préciser l'étendue, donne droit à un supplément d'hypothèque au cas où l'altération du gage résulte de dégradations éprouvées par l'immeuble.

Il est clair que toute diminution dans la valeur du bien hypothéqué ne donne pas droit à garantie supplémentaire. Il importe de déterminer les causes de diminution inhérentes à la nature ou même à la situation de l'immeuble hypothéqué, causes qu'un examen attentif aurait fait prévoir, car elles sont souvent comme en puissance dans l'immeuble. Elles font corps avec lui ; il ne peut exister autrement qu'avec elles.

Ainsi le créancier ne pourrait pas invoquer les diminutions de valeur résultant de coupes ordinaires de bois, d'extraction de minerais, d'épuisement d'une carrière, du rachat d'un immeuble hypothéqué dont le débiteur était acquéreur sous condition de réméré ; d'adjudication sur licitation à un autre que le débiteur, au cas où celui-ci aurait hypothéqué sa part indivise dans l'immeuble (1).

---

(1) Pont, *loc. cit.*, n° 693. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 286, n° 31. — Thézard, *loc. cit.*, n° 67.

Voir quelques espèces dans les arrêts suivants : de la Cour de Cass. du 25 février 1837 (Dall. 33.2.97), et de Dijon 6 juillet 1883. (Dall. 84.2.44.)

Il faut considérer comme n'autorisant pas l'application de l'article 2131, les causes de diminution provenant de circonstances extérieures que l'on doit toujours plus ou moins prévoir, susceptibles qu'elles sont de donner à l'immeuble une moins-value, comme d'autres circonstances qui sont aussi à envisager, pourraient lui donner une plus-value. Telles sont celles résultant du détournement d'une rivière navigable, d'une route, de la suppression d'un pont, d'un établissement industriel qui donnait une plus-value à tout un quartier....; telles encore, et à plus forte raison, les causes résultant d'événements généraux : une guerre, une révolution, une crise industrielle ou agricole.

Nous sommes amenés, à la suite de ces observations, à limiter l'application de notre article 2131 au cas de dégradation matérielle provenant d'un cas de force majeure que rien ne pouvait faire prévoir ni de près ni de loin, lors du contrat. Ainsi, le champ est emporté par la force des eaux, inondé par suite de la rupture d'une digue ; il est ensablé ; l'immeuble est détruit par un incendie, par la foudre, par un tremblement de terre. En tous ces cas de force majeure impossibles à prévoir lors du contrat, notre article 2131 recevra son application, si ces événements ont amené la perte, la destruction totale ou partielle ou seulement des détériorations de nature à rendre la garantie insuffisante.

A la force majeure, il faut assimiler le fait du tiers étranger au débiteur, que ce tiers soit ou non détenteur de l'immeuble hypothéqué (1).

Si le débiteur a diminué la sûreté du créancier hypothécaire par son fait, ce n'est pas seulement sous le coup de l'article 2131, mais aussi sous le coup de l'article 1188, qui prononce alors déchéance du terme, que tombe le débiteur; il ne peut se soustraire, dans ce cas, au remboursement immédiat de la créance. Libre d'ailleurs au créancier hypothécaire de s'abriter derrière l'article 2131 pour réclamer non le remboursement immédiat, mais un supplément d'hypothèque. Cette solution peut être préférable pour lui si le débiteur est solvable et si la créance est d'un bon rapport : un remboursement anticipé pourrait ne pas lui permettre de trouver un placement aussi avantageux (2). En définitive, quand la diminution de valeur provient du fait du débiteur, le créancier a le choix entre le remboursement immédiat et une garantie supplémentaire; entre l'application de l'article 1188 ou celle de l'article 2131.

Mais quel est donc le droit du créancier dans le cas où la dégradation provient d'un cas de force majeure ou du fait d'un tiers ? Le débiteur n'est pas

---

(1) Orléans, 24 Mars 1859 (Sirey, 59. 2.673.)

(2) En ce sens : Persil, *loc. cit.*, art. 2131, n<sup>os</sup> 1 et 2. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 435, n<sup>o</sup> 29. Pont., *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 695. — En sens contraire : Cass. 17 mars 1818. Sir. 18. 1. 260.

en faute ; il ne peut être question de déchéance ; il s'agit seulement d'assurer la sûreté du créancier hypothécaire. Notre principe veut que sa garantie lui demeure pleine et entière, mais voilà tout. Il faut donc laisser au débiteur le soin de lui assurer la sécurité par les moyens qu'il jugera les meilleurs. Si l'on ne doit pas permettre au débiteur de forcer le créancier à recevoir paiement immédiat, car il pourrait en résulter un préjudice pour ce dernier, embarrassé pour le placement des fonds, on doit néanmoins autoriser le débiteur à refuser ce paiement immédiat au créancier qui le sollicite, et à obliger le créancier à se contenter d'un supplément de garantie reconnu suffisant.

Cette solution rationnelle, est-elle bien celle du Code ! Il faut avouer que l'article 2131 n'est pas très clair sur cette alternative. Le créancier, dit l'article, pourra *ou poursuivre dès à présent son remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque*. Mais le défaut de précision du texte ne laisse aucun doute, croyons-nous, en présence de l'esprit certain de la loi. Le législateur n'a pu vouloir faire supporter au débiteur malheureux l'effet de la force majeure ou d'un accident imprévu. Il a édicté pour le cas de faute l'article 1188 (1) avec sa déchéance. Autre est le régime de l'article 2131.

---

(1) Voir aussi l'article 1912 du Code civil.

Le texte de l'article 2131 lui-même est favorable à cette interprétation, quoiqu'en aient pensé nombre d'auteurs. Le créancier pourra : *ou poursuivre... ou obtenir*. Si cet article accordait le choix au créancier, il eut dit : « *Le créancier pourra ou poursuivre son remboursement, ou réclamer un supplément d'hypothèque* ». En se servant du mot *obtenir*, il montre assez par le contraste avec le mot *poursuivre* que le choix appartient toujours au débiteur.

L'article 1190 en décidant que dans toute obligation alternative, le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier, fournit un argument de plus dans notre sens. De même l'article 1162 qui décide qu'en cas de doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

Ajoutons quelques raisons à l'argument principal déjà fourni. Dès que le débiteur a donné une garantie équivalente, le créancier est replacé dans les conditions primitives ; on ne voit pas en quoi il pourrait se plaindre et exiger son remboursement. N'est-il pas juste de permettre au débiteur de se soustraire au paiement puisque le terme n'est pas échu, et qu'à ce moment il a besoin de toutes ses ressources pour réparer ses biens dégradés, ou réédifier ses immeubles détruits. Concluons donc avec la quasi-unanimité des auteurs, que le choix appartient au débiteur qui pourra toujours

arrêter l'action du créancier tendant au remboursement (1).

Si le créancier poursuit directement le supplément d'hypothèque, le débiteur ne peut l'obliger au remboursement, nous l'avons vu. Au cas de faute du débiteur, au contraire, peu importe que les sûretés soient plus que suffisantes pour garantir le créancier; le débiteur doit supporter le poids de la faute qu'il a commise.

Nous avons ainsi déterminé les causes qui peuvent produire l'insuffisance du gage hypothécaire et qui font de cette insuffisance un motif légitime de réclamation pour le créancier hypothécaire. Il nous faut voir comment cette insuffisance peut être reconnue. La question ne se pose pas au cas de perte totale de l'immeuble ou des immeubles donnés en garantie. Mais il importe de l'examiner au cas de perte partielle d'un immeuble, ou au cas de perte d'un immeuble compris dans une constitution d'hypothèque portant sur plusieurs immeubles.

C'est là une appréciation qui se fera le plus souvent d'un commun accord entre les parties. Celles-ci n'auraient pas à tenir compte de l'insuffi-

---

(1) Persil, *loc. cit.*, art. 2131, n° 2. — Troplong, *loc. cit.*, n° 542. — Pont, *loc. cit.*, n° 695. — Colmet de Santerre, *loc. cit.*, n° 98 bis. — Laurent, *loc. cit.*, t. 28 n° 523.

Orléans, 24 Mars 1859. S. 59, 2.673.

sance qui existait déjà au moment de la constitution d'hypothèque, cela va de soi. Le créancier doit alors s'en prendre à lui-même d'avoir fait une mauvaise opération (1). Si cependant l'insuffisance, bien qu'existant déjà au jour de l'affectation hypothécaire s'était, par la suite, aggravée, il importerait de déterminer la différence entre les deux situations ; la sûreté supplémentaire à fournir serait naturellement égale à cette différence seulement.

Si, d'ailleurs, les parties ne s'accordent pas dans les évaluations à faire, la question de fait sera soumise au juge : celui-ci se décidera sur rapports d'experts. Le juge adjugera ou rejettera la demande du créancier, suivant qu'il aura reconnu ou non l'insuffisance des immeubles hypothéqués (2). Même solution pour le cas, où le débiteur optant pour le supplément d'hypothèque, une discussion s'engage sur le point de savoir si la nouvelle hypothèque proposée présente au créancier une sûreté véritablement équivalente en étendue à la sûreté perdue. Les tribunaux auraient tout pouvoir pour apprécier l'étendue du nouveau gage offert.

Il faut aussi noter que cette hypothèque ne sera jamais complètement équivalente à celle qui a été perdue. Elle doit être équivalente en étendue sans

---

(1) Colmet de Santerre, *loc. cit.*, n° 98 bis, I.

(2) Voir sur ce point : Persil, Régime hypothécaire, art. 2131 § 6.

doute, mais en ce qui concerne le rang, elle sera forcément inférieure, car le supplément d'hypothèque offert est en réalité une nouvelle hypothèque qui exige un nouvel acte authentique et une nouvelle inscription (1). On devrait donc tenir compte dans l'appréciation du nouveau gage offert, des inscriptions hypothécaires qui le grèvent déjà, charges qui pourraient être cause que ce gage n'offre plus au créancier qu'une sûreté insuffisante.

Le supplément d'hypothèque de l'article 2131 pourrait-il être fourni en biens à venir ? C'est là une question controversée, à laquelle beaucoup de bons auteurs (2) répondent par la négative. Les articles 2130 et 2131, disent-ils, n'ont pas entre eux le lien étroit que l'on suppose. Dans l'article 2130, comme nous le verrons plus loin, le créancier a consenti à courir de lui-même l'aléa d'une hypothèque sur biens à venir; c'est après examen, en connaissance de cause, qu'il s'en est contenté. Dans l'article 2131, le créancier se voit réduit, par cas de force majeure, malgré l'appréciation attentive qu'il a faite de la valeur du gage, sans qu'il y ait en rien consenti, à réclamer un supplément de sûreté : il voudra une garantie complète ; car c'est, moyennant sûreté complète qu'il s'est dessaisi de son argent entre les

---

(1) Comp. Pont, *loc. cit.*, n° 696, et Laurent, *loc. cit.*, n° 524.

(2) Pont, *loc. cit.*, n° 697. Colmet de Santerre, *loc. cit.*, 98 bis, II.

main du débiteur. Or, qui viendra prétendre qu'une hypothèque sur biens à venir offrirait garantie suffisante à ce créancier, qui avait primitivement voulu qu'un immeuble présent et déterminé lui soit spécialement affecté.

Malgré ces arguments, nous croyons possible de forcer le créancier à se contenter d'une hypothèque sur biens à venir ; il appartient aux tribunaux de trancher le désaccord en toute liberté, quand les parties ne s'entendent pas sur le supplément à fournir. Bien entendu, la plupart du temps, l'hypothèque des biens à venir ne fournira qu'une sûreté trop aléatoire pour être suffisante, et les tribunaux devront contraindre le débiteur au remboursement.

Mais n'est-il pas de cas, celui par exemple où le débiteur paraît appelé en qualité d'héritier réservataire, à recueillir une succession très importante, où la sûreté sera suffisante ? Nous croyons donc que les tribunaux ne doivent pas, *a priori*, rejeter comme insuffisant le supplément d'hypothèque fourni en biens à venir. Sans exagérer le lien qui unit les articles 2130 et 2131, ne peut-on pas dire que le premier permet l'hypothèque des biens à venir au cas d'insuffisance de biens présents ; que le second prévoit un cas d'insuffisance de biens présents et qu'il y a lieu dès lors à l'hypothèque des biens à venir s'il ne reste pas, bien entendu, d'autres biens présents.

Pour exclure l'hypothèque des biens à venir en présence d'insuffisance des biens présents, il faudrait un texte formel; or l'article 2131 ne fait aucune espèce de distinction. D'ailleurs l'hypothèque fournie en supplément est, nous le savons, une nouvelle hypothèque complètement distincte de la première; on pourra donc lui appliquer l'article 2130 comme à toute hypothèque. Le mot « pareillement » qui commence l'article 2131 indique bien une certaine analogie avec l'article précédent; et quel sens aurait ce mot si ce n'est celui que nous indiquons? (1)

Du rapprochement des articles 2130 et 2131, naît une question intéressante : Qu'arrive-t-il si, dans le cas d'une hypothèque consentie sur biens présents et à venir en conformité de l'article 2130, un ou plusieurs des immeubles à venir, une fois entrés dans le patrimoine du débiteur, une fois affectés par l'inscription à sa garantie spéciale, viennent à périr ou à éprouver des dégradations par cas fortuit? Doit-on appliquer l'article 2131?

Nous ne le pensons pas (2). En effet, au cas où l'hypothèque porte sur biens à venir, c'est en connaissance de cause que le créancier s'est contenté d'une garantie aléatoire, lors de la constitution

---

(1) En ce sens : Baudry-Lacantinerie, *précis de droit civil*, III, n° 800.

(2) Comp. Pont, *loc. cit.*, n° 700.

d'hypothèque. Cette affectation hypothécaire supplémentaire aurait pu ne produire aucun effet: elle était soumise à la condition tacite: « Si l'immeuble entre dans le patrimoine. »

Le créancier avait donc manifesté sa volonté d'accorder le crédit malgré le peu de sécurité de l'affectation consentie. Le débiteur pouvait ne rien acquérir et le terme n'en devenait en rien supprimé. Pourquoi le créancier aurait-il plus de droits au cas de dégradation ou de perte, puisqu'il garde encore plus ou autant de sûretés qu'il n'en a stipulées lors du contrat. Dans le doute, l'article 2131 se chargerait de mettre fin à l'hésitation; il ne parle que du cas où l'immeuble ou les immeubles *présents* ont péri ou éprouvé des dégradations.

Remarquons en passant et dans un ordre d'idées semblable que l'article 2131 ne s'applique qu'à l'hypothèque conventionnelle, non aux hypothèques légales et judiciaires qui frappent tous les biens présents et futurs, et dès lors ne peuvent comporter de suppléments. Cependant, si ces hypothèques générales avaient été restreintes conformément aux dispositions des articles 2140, 2141, 2143 et 2162, l'article 2131 s'appliquerait; cette réduction aboutit à une véritable spécialisation du gage hypothécaire, et la raison d'être de cette spécialisation était précisément la certitude que le gage hypothécaire demeurerait suffisant. Un supplément de garantie

s'impose si un cas de force majeure vient tromper à son insu les calculs du créancier prévoyant (1).

Achevons l'étude de l'article 2131 du Code civil par l'examen de quelques cas particuliers dont un seul nous retiendra quelque temps : le cas de perte par cas fortuit d'un immeuble assuré contre le risque de ce cas fortuit.

Il faut, pour celà, envisager plusieurs hypothèses :

1<sup>re</sup> HYPOTHÈSE : *Le débiteur vend l'immeuble hypothéqué.*

Que le fait de l'aliénation n'entraîne par lui-même aucune nécessité de remboursement immédiat ou de supplément d'hypothèque, c'est un point qui, pour nous, ne fait pas l'ombre d'un doute.

Lors de la constitution d'hypothèque, cet événement était certainement dans les prévisions du créancier, qui n'aurait d'ailleurs pas pu prétendre à frapper ainsi d'une entrave à la circulation, le bien hypothéqué. Sans doute, la position du créancier est devenue quelque peu inférieure ; il conserve bien son droit de préférence ; il va pouvoir exercer son droit de suite (2). Mais ce dernier droit n'est pas sans recevoir quelque altération : peut-être le tiers

---

(1) Thézard, *loc. cit.*, n° 100. — Trolong, *loc. cit.*, n° 544.  
Rouen, 6 juillet 1840 (Sirey, 40, 1.537).

(2) Pont, *loc. cit.* n° 694. — Douai, 16 juin 1847 (Dall. 49. 2. 246.).

acquéreur va-t-il procéder à la purge et contraindre le créancier hypothécaire à se contenter du prix qu'on lui offre, ou à surenchérir lui-même. Les Cours d'appel, et même la Cour de cassation, appliquent dans ce cas susceptible de purge, les dispositions de l'article 2131 combinées avec celles de l'article 1188 (1). D'autant que la purge, dit-on, n'est pas le seul inconvénient auquel est exposé le créancier hypothécaire ; il court le risque d'une prescription acquisitive de dix à vingt ans, accomplie à son détriment par le tiers détenteur, tout en demeurant sous le coup de la prescription extinctive de la créance.

Ces arguments nous touchent peu ; ce n'est pas une simple possibilité de diminution de sûreté qui peut constituer une détérioration du gage ; c'est la réalisation même de cette diminution qui permet l'application de l'article 1188.

Et en ce qui touche la prescription de l'hypothèque, nous répondrons d'abord que cette prescription sera bien rare. Elle exige la bonne foi, c'est-à-dire l'ignorance des hypothèques, condition difficile à remplir sous un régime hypothécaire soumis à la publicité comme est le nôtre. De plus, la prescription est rendue possible par le

---

(1) Cass. 4 mai 1812. Dalloz. jurisp. génér. *Privilég. et hypoth.* n° 1341. — Paris, 21 janv. 1814 (*idem*). — Pau, 23 août 1834 (*idem*).

fait même de l'aliénation, et le créancier, lors de la constitution de l'hypothèque devait bien prévoir l'hypothèse d'une aliénation.

Mais si l'acquéreur choisit la purge parmi les divers partis qui s'offrent à lui, nous pensons qu'alors le créancier hypothécaire non désintéressé pourra se retourner contre son débiteur et lui demander, par l'article 1188, un supplément d'hypothèque ou son remboursement immédiat, grâce à l'application que l'article 2131 fait ici de l'article 1188.

La purge, en effet, altère le droit de suite. Elle impose au créancier un paiement partiel ; elle peut même parfois le priver du paiement. Le créancier hypothécaire avait un droit sur l'immeuble lui-même ; on le contraint à se contenter d'un prix débattu hors sa présence ou à courir le risque, par la surenchère, de voir l'immeuble lui rester pour compte. Ce à quoi il a droit, c'est au prix le plus élevé possible de l'immeuble hypothéqué ; pour obtenir ce prix, il doit souvent recourir à la surenchère ; il doit, en tous cas, se présenter à des ordres différents, recevoir des paiements partiels ; peut-être même exercer des poursuites distinctes contre plusieurs détenteurs (1).

---

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 430. — Colmet de Santerre, tome V, 111 *bis* IV.

Il nous paraît donc naturel que dans ce cas, le débiteur qui, par le contrat hypothécaire, a affecté spécialement en garantie l'immeuble hypothéqué, fournisse un supplément de sûreté ou le remboursement immédiat, puisque, par son fait, il a altéré le droit de suite : élément essentiel du droit réel qu'il constituait. Le principe de spécialité est atteint, aussi bien d'ailleurs que celui d'indivisibilité de l'hypothèque, par ce fait que le créancier est ou peut être contraint à recevoir un paiement partiel, sous peine de perdre et la chose et le prix, faute de se présenter à l'ordre ouvert sur la purge.

*2<sup>me</sup> HYPOTHÈSE : Vente d'une partie de la garantie hypothécaire.*

Il est clair que si une vente d'une ou plusieurs portions de l'immeuble ou de quelques-uns des immeubles hypothéqués, donne un prix suffisant pour couvrir la créance à la garantie de laquelle l'immeuble avait été hypothéqué, l'article 1188 et l'article 2131 n'auraient aucune raison de recevoir application. Mais, sinon l'article 1188, du moins l'article 2131, recevrait selon nous application si l'aliénation partielle, par le morcellement produit, diminuait la valeur totale de l'immeuble ; la sûreté pourrait ainsi être devenue insuffisante ; et l'article 1188 avec la déchéance qu'il implique, devrait

pouvoir être invoqué en cas d'aliénation du gage hypothécaire à divers acquéreurs.

Il n'y a pas lieu, au contraire, à l'application de nos articles lorsqu'à la suite d'un partage, la nue-propriété d'un immeuble hypothéqué est attribuée à l'un des co-partageants et l'usufruit à l'autre, car ce démembrement ne porte aucune atteinte au droit du créancier, et ne constitue pas une diminution de la garantie hypothécaire résultant du contrat (1). Le droit des créanciers reste intact et il continue à porter, non sur une fraction seulement de la propriété, mais sur la pleine propriété de l'immeuble; et il n'est rien changé au droit qui appartient aux créanciers, le cas échéant, de saisir l'immeuble et d'en provoquer la vente en pleine propriété.

Il peut se réaliser une hypothèse intéressante : celle où par l'effet d'un partage, l'usufruit de la créance à la sûreté de laquelle est affecté l'immeuble hypothéqué, échoit au débiteur. On ne pourrait condamner ce dernier au remboursement dans le cas de l'article 2131, faute par lui de fournir un supplément d'hypothèque; on appliquerait seulement par analogie les articles 602 et 608 du Code civil.

---

(1) En ce sens, tribunal de la Seine, 28 mai 1895. — Répertoire du Notariat de Defrénois, n° 9115.

3<sup>e</sup> HYPOTHÈSE : *Expropriation pour cause d'utilité publique.*

En ce cas, la somme due par l'État ou tout autre établissement public, est véritablement le prix de l'immeuble; elle doit par conséquent être distribuée aux créanciers hypothécaires inscrits, de la même manière que le prix qui serait dû par un acheteur. Ainsi le décide la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Sans doute les créanciers hypothécaires n'ont pas le droit de surenchère contre l'État et les établissements publics comme ils l'ont contre un débiteur ordinaire : l'expropriation doit suivre son cours et ne peut subir aucune entrave du chef des particuliers; il y a de par la loi, transport sur l'indemnité qui est comme immobilisée : c'est sur elle que vont s'exercer les droits des créanciers hypothécaires ; c'est là une véritable purge légale.

Le créancier n'a donc pas, dans ces conditions, le droit d'invoquer l'article 2131 ; il doit se contenter de toucher sa créance, sans pouvoir exiger un supplément d'hypothèque (1). Et s'il ne vient pas en ordre utile, il n'importe, car la valeur de l'immeuble est anéantie. La loi présume que les créanciers

---

(1) Cette question ne peut d'ailleurs se poser que pour ceux qui permettent au créancier de poursuivre principalement ce supplément au lieu du remboursement.

hypothécaires ont obtenu le prix maximum sur lequel ils pouvaient compter : c'est ce qui explique la disposition de la loi de 1841.

Cette règle nous paraît absolument certaine : c'est à l'indemnité d'expropriation considérée comme prix maximum que les créanciers hypothécaires ont droit. Nous ne permettrions pas au débiteur de toucher cette indemnité en offrant un supplément d'hypothèque, prétendit-il même, avec l'indemnité, construire un immeuble de même valeur que le premier, qu'il affecterait spécialement en gage, comme le premier, aux créanciers hypothécaires (1).

L'article 2131 n'est pas applicable en l'espèce. C'est empiéter selon nous sur le terrain législatif que de dire avec un auteur (2), qu'expropriation et vente sont choses différentes, que le mot « prix » est employé par inadvertance dans la loi de 1841, qu'il n'y a pas de motif de refuser l'application de l'article 2131 puisque le créancier ne courant aucun risque, on n'a pas d'intérêt avouable à priver le débiteur de la faculté d'offrir le supplément d'hypothèque qui lui a été tacitement consentie par le contrat.

#### 4<sup>me</sup> HYPOTHÈSE : *Perte de l'immeuble assuré :*

Nous examinerons ici deux questions distinctes :

---

(1) Dans notre sens : Paris, 13 février 1858. Dall. 58. 2. 57.

(2) Voir Del Marmol. Revue pratique, 1861, t. XII, p. 211.

celle de l'attribution de l'indemnité aux créanciers hypothécaires ; l'application à ce cas de notre article 2131.

I. — *Attribution de l'indemnité.*

Nous devons d'abord rechercher la raison d'être du droit des créanciers sur l'indemnité due par suite d'assurance. C'est au cours de tentatives faites en France pour organiser le crédit agricole, qu'il fut question pour la première fois de cette attribution d'indemnité d'assurance aux créanciers hypothécaires et privilégiés ; et c'est la loi du 19 février 1889 qui leur reconnut ce droit, en cas de destruction des choses sur lesquelles portaient leurs droits réels (1).

En effet, avant cette loi de 1889, le droit des créanciers hypothécaires n'était en rien reporté sur l'indemnité d'assurances.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 juin 1881, en avait très nettement déduit les motifs juridiques : « Attendu, disait-elle, qu'il n'y a aucune loi qui affecte la somme assurée en cas de perte de l'immeuble péri par incendie aux créanciers qui étaient inscrits sur cet immeuble, par préférence aux créanciers chirographaires de l'assuré ; qu'on ne

---

(1) Voir auparavant : lois du 28 mai 1858 et du 10 décembre 1874.

peut induire cette préférence de ce que l'hypothèque suivait l'immeuble et en affectait le prix aux créanciers suivant le rang de leurs inscriptions, puisque, d'une part, la somme assurée n'est pas un prix de vente, mais le produit du contrat d'assurance sans lequel elle ne serait pas due ; que même elle n'est pas susceptible d'hypothèque, puisque les biens immeubles et leurs accessoires réputés immeubles en sont seuls susceptibles, et qu'elle n'a reçu de la loi aucun de ces caractères..... »

On comprend que la doctrine ait fait des efforts pour essayer de légitimer, par le jeu des principes juridiques, la solution désirable qui attribue aux créanciers hypothécaires droit à l'indemnité d'assurance et les empêche de voir leur sûreté diminuée, alors que leur débiteur, en fait, ne perd rien sur la valeur de l'immeuble sinistré. M. Labbé avait essayé de valider en droit cette solution d'équité. Dans une savante étude (1) sur l'affectation des créances à titre de gage ou de privilège spécial, il essayait d'établir que l'attribution de l'indemnité au propriétaire de l'immeuble sinistré engendrait pour les créanciers hypothécaires une cause nouvelle de préférence, un privilège portant sur cette créance d'indemnité. Ceci se rattachait à une théorie plus

---

(1) Revue critique, 1876, p. 683 et suiv.

générale, en vertu de laquelle on aurait un privilège sur une créance dont on a fourni, à ses dépens, les conditions d'existence.

Disons, d'un mot, qu'il nous paraît impossible, en l'absence d'un texte formel, de créer ainsi un privilège justifié en équité, mais non consacré par la loi. En pareille matière, il faudrait une disposition législative ; on n'en cite point, et pour cause.

D'autres auteurs essayaient d'assimiler l'indemnité d'assurance au prix de l'immeuble hypothéqué ; l'indemnité était alors la représentation du bien sinistré. Mais pareille solution n'était guère admissible : par le contrat synallagmatique d'assurance, le propriétaire de l'immeuble s'engageait à payer périodiquement et d'une manière régulière, une série de petites sommes, appelées primes. L'assureur, de son côté, s'engageait contre le paiement régulier et certain de ces primes à payer aléatoirement, et une fois pour toutes, en cas de sinistre, une indemnité égale à la valeur de l'immeuble. Mais à ce contrat, les créanciers hypothécaires n'avaient pris aucune part ; c'était l'assuré qui, au cas de sinistre, touchait, en vertu de son contrat, la contre-partie des primes par lui versées. Les créanciers n'avaient et ne pouvaient avoir aucun droit, en exécution de la police d'assurance, à participer au bénéfice d'un contrat qui était pour eux : *res inter alios acta*. L'assuré était toujours leur débiteur, sans doute ;

mais leur créance avait perdu, avec la disparition du bien hypothéqué, la qualité hypothécaire; faute d'objet, l'hypothèque s'éteignait.

Il fallait une réforme légale; et sur ce point, comme sur tant d'autres, nous étions devancés par les législations voisines.

En attendant cette réforme, on insérait dans les actes constitutifs d'hypothèque, une clause de cession de l'indemnité éventuelle, mais ceci en vertu du libre jeu des conventions du droit commun et non du droit hypothécaire. Cette cession de créance soumise aux formalités de l'article 1690 était distincte du contrat constitutif d'hypothèque.

La commission instituée en 1849 pour l'étude de la réforme du régime hypothécaire, posait en principe que sans doute l'hypothèque s'éteignait avec la chose sur laquelle le droit portait, mais que cependant elle pouvait s'exercer sur la valeur de ce qui pouvait rester de la chose, et que les indemnités dues au propriétaire étaient affectées au paiement des créances privilégiées ou chirographaires, suivant leur rang. On ajoutait toutefois une réserve au cas où l'indemnité serait appliquée à la reconstruction, à la réparation ou au remplacement des objets assurés (1).

---

(1) C'était l'objet de l'article 2094 du projet qui fut discuté en 1850 et 1851.

Cependant dans le domaine législatif, la rigueur du Code avait été atténuée sur quelques points particuliers ; la loi du 28 mai 1858 concernant les porteurs de récépissés et warrants, la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque des navires avaient déjà réglementé l'attribution de certaines indemnités d'assurances. Mais, c'est la loi du 19 février 1889 en son article deux qui, dans l'hypothèse principale, celle de l'indemnité due au propriétaire débiteur par une compagnie d'assurances à la suite d'un sinistre, décida l'attribution de l'indemnité aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, sans qu'il fut besoin de délégation expresse.

Nous ne voulons pas examiner ici la question de savoir si la loi reporte le droit hypothécaire sur l'indemnité d'assurance, ou si plutôt elle ne recourt pas à l'idée d'une fiction de survie de l'hypothèque. Cette dernière conception nous paraît d'ailleurs plus juridique, et les travaux préparatoires confirment cette interprétation. Quoi qu'il en soit, la délégation a lieu de plein droit, au profit de tous les créanciers ayant un privilège ou une hypothèque sur l'immeuble assuré. L'article deux de cette loi ajoute dans son dernier paragraphe que le paiement fait de bonne foi à l'assuré, avant toute opposition, est valable. La compagnie ne peut obliger le débiteur à justifier que ses immeubles sont libres

d'hypothèque en produisant un état d'inscriptions (1).

A raison de la partie finale de l'article, relative à la possibilité d'un paiement fait de bonne foi par la compagnie, on ne saurait trop conseiller aux parties de donner connaissance à la compagnie d'assurances du titre en vertu duquel est constituée l'hypothèque. (2) Aussi, dans la pratique, a-t-on pris l'habitude de mentionner, dans l'acte constitutif, la compagnie à laquelle l'immeuble est assuré, et d'obliger l'emprunteur à continuer l'assurance et à la renouveler lors de l'expiration de la police. Si aucune assurance n'est encore contractée lors de l'acte d'obligation, le débiteur y prend l'engagement de faire assurer les bâtiments dans un délai fixé ; après justification du contrat d'assurance par la production de la police, on préviendrait la compagnie que l'immeuble est hypothéqué.

## II. — *Application de l'article 2131.*

On aurait pu à la rigueur considérer, non comme la perte, mais comme la transformation de l'im-

---

(1) Vienne, 11 Août 1891. — Répertoire périodique de Defrénois, n° 6396.

(2) Les notaires avertissent ordinairement les Compagnies d'assurances par lettre recommandée ; cette lettre recommandée vaut opposition entre les mains de la Compagnie, qui est dès lors fondée à refuser le paiement tant qu'il ne lui est pas justifié de la mainlevée de l'opposition.

meuble, la substitution du montant de l'indemnité due par la compagnie d'assurances au prix de l'immeuble. Mais comme nous n'avons pas considéré cette conception d'une subrogation réelle de l'indemnité au prix comme juridique, comme nous lui avons préféré l'idée d'une survie fictive de l'hypothèque, nous devons étudier la loi de 1889, sous la rubrique : « Perte de la chose hypothéquée. » Il ne s'agit pas, en effet, d'envisager l'indemnité comme étant la représentation du prix ; il s'agit de faire survivre fictivement l'hypothèque à la perte de la chose hypothéquée.

Cette méthode, d'ailleurs, a l'avantage de nous permettre d'étudier en même temps quelles réclamations peut élever, en vertu de l'article 2131, le créancier hypothécaire dont le gage a péri par suite du sinistre. Peut-il réclamer un supplément d'hypothèque ? Il faut, pour répondre à cette question, distinguer suivant que l'indemnité offre ou non au créancier un gage égal à la valeur du gage primitif (l'immeuble).

En pratique, suivant que l'immeuble est ou non suffisamment assuré, suivant que la compagnie d'assurances est ou non solvable, le débiteur ne pourra pas ou pourra réclamer un supplément d'hypothèque. Mais nous croyons que, dans tous les cas, le débiteur est en droit d'offrir un supplément d'hypothèque à la place de l'indemnité. Son

intérêt est évident; il est naturel qu'il préfère garder l'argent, et reconstruire l'immeuble, qui est peut-être pour lui le siège d'une industrie ou d'un commerce prospère (1). Son droit n'est pas davantage douteux, car la loi de 1889 n'est pas intervenue pour troubler le droit commun du régime hypothécaire; elle a eu pour seul but de rendre légale l'attribution possible aux créanciers hypothécaires de l'indemnité d'assurances. Aussi sommes-nous d'avis, et c'est en ce sens que statue le dernier projet de réforme hypothécaire, d'admettre que l'indemnité due à raison des sinistres, pourra être employée par l'assuré à la réparation ou à la reconstruction de l'immeuble incendié.

---

(1) Voir cependant en sens contraire : Cass. belge. Pas. belge, 51. 1. 138.

En notre sens : del Marmol : *Revue pratique*, 1861, tome XII p. 211.

## CHAPITRE III

### DE LA SPÉCIALITÉ QUANT A LA CRÉANCE

Nous avons jusqu'ici étudié la spécialité hypothécaire sous l'un de ses aspects : la détermination du gage hypothécaire. Nous avons indiqué quelles énonciations devait contenir l'acte constitutif pour réaliser cette spécialité ; nous avons essayé de déterminer l'étendue et les limites d'application de principe de spécialité quant au gage. Mais cet aspect de la spécialité n'est pas le seul ; les dispositions de la loi seraient insuffisantes et imparfaites si elles n'entraînaient pas l'exigence d'une spécialité quant à la créance garantie. En effet, il servirait de peu d'indiquer quel immeuble est grevé, si l'on ne faisait suivre cette indication d'une désignation du chiffre pour lequel la valeur de l'immeuble répond du paiement. Il faut savoir pour quelle somme l'immeuble est affecté de la charge hypothécaire, afin de faire connaître l'atteinte exacte portée au crédit du débiteur, et de déterminer le montant de la valeur restée libre aux mains de celui-ci : désignation de

l'immeuble, désignation des obligations garanties, tel est le double aspect du principe.

Aussi l'article 2132 est placé au milieu des articles précédemment étudiés par nous; il montre par là que le législateur fait marcher de pair les deux spécialités, et ne les considère que comme les deux parties d'un même tout: « *L'hypothèque conventionnelle, dit l'article, n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est constituée, est certaine et déterminée par l'acte* ».

Est-ce donc à dire que la garantie hypothécaire doive être forcément déniée aux créances, dont le montant est insusceptible de recevoir une détermination précise. Il serait inexact de le croire; l'article 2132 statue sur le *plerumque fit*; il émet plutôt, si l'on veut, le désir de cette détermination; il l'ordonne quand elle est possible, mais dans sa partie finale, il indique ce qui se passe quand elle ne peut avoir lieu, et reconnaît par là la validité de l'hypothèque des créances indéterminées. « *Si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle dans son existence ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il est parlé ci-après que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative, par lui déclarée expressément et que le débiteur aura le droit de faire réduire s'il y a lieu* ». Le détail de cette disposition est tout à fait critiquable; mais le principe seul importe ici, et il est

certain que la créance indéterminée est susceptible d'hypothèque. La loi s'efforcera seulement de respecter dans la mesure du possible le principe de spécialité de l'hypothèque quant à la créance garantie.

Cette spécialité, avons-nous vu, est connexe de la spécialité quant au gage. Nous ne nous étonnerons donc pas de voir à propos de notre question renaître les mêmes questions qui se sont présentées dans le chapitre précédent. L'article 2132 paraît avoir condensé en peu de mots toute la théorie de la spécialité de la créance hypothécaire ; nous n'en aurons pas moins à examiner des questions analogues à celles résolues dans les articles 2129, 2130, 2131, 2133 et à nous demander :

1° Quelles sont les énonciations requises dans l'acte constitutif pour établir la spécialité de la créance ;

2° Peut-on contracter une hypothèque pour sûreté de créances à venir ;

3° Qu'arrive-t-il au cas de créance indéterminée, si l'évaluation primitive est insuffisante ;

4° A quels accessoires s'étend la garantie hypothécaire.

Une observation générale doit être présentée avant tout. Notre législateur, qui avait bien compris l'indépendance respective des idées de spécialité et de publicité et organisé la spécialité dans l'acte constitutif, *inter partes* par conséquent, paraît au

contraire avoir, au cas du moins de créance indéterminée, considéré la spécialité de la créance comme un simple corollaire de la publicité. Il aura été entraîné par cette considération que le but principal poursuivi par la spécialité dans la créance est de faire connaître aux tiers l'état exact de la situation du débiteur, de manière à leur permettre de proportionner le crédit accordé à la situation de fortune du débiteur.

Exagérant cette idée, il en arrive au cas de créance indéterminée à n'exiger que la spécialité dans l'inscription, et à méconnaître gravement les garanties du débiteur, en ne lui permettant pas de participer, dans l'acte constitutif, à l'évaluation du montant de la créance. Il nous appartiendra donc de signaler les avantages qu'aurait présentés la distinction entre la spécialité de la créance et la publicité donnée à cette spécialité. Mais l'idée même qui a inspiré les rédacteurs du Code, nous obligera à nous occuper parfois de l'inscription ; nous nous efforcerons cependant de ne pas trop sortir de notre cadre et d'empiéter le moins possible sur le terrain de la publicité.

I. — Énonciations que doit renfermer  
l'acte constitutif.

Pour ces énonciations, il est un cas qui ne soulève aucune difficulté : la créance existe lors de l'établissement de l'hypothèque, son chiffre est connu ; en un mot la créance est certaine quant à son existence et quant à son étendue : *certa credita pecunia*, disaient les Romains ; *créance certaine et liquide*, dit-on, en droit français.

La somme sera déterminée dans l'acte authentique de constitution d'hypothèque qui, dans la pratique, sera souvent le contrat même constitutif de la dette. Il est naturellement possible que la dette résulte d'un acte authentique ou sous seing privé antérieur. A peine de nullité, le chiffre devra être rappelé dans l'acte authentique qui constitue l'hypothèque. C'est dans cet acte, qui est le véritable contrat hypothécaire (1), que doivent être indiqués et l'individualité et le quantum de la créance. Et même on ne pourrait réparer cette omission postérieurement par acte authentique ; pour faire disparaître le vice du contrat, il en faudrait refaire un nouveau dans lequel la somme due serait déterminée.

---

(1) Comp. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 277. — Colmet, *loc. cit.*, n° 99 bis, I. — Pont, *loc. cit.*, tome 2, n°s 702 et suiv.

Pas plus qu'il n'admet l'hypothèque générale de tous les biens ou de toute une masse de biens, réserve faite du cas où cette masse de biens constitue une même individualité juridique (un domaine par exemple), pas plus notre Code n'autorise l'hypothèque attachée à un groupe de créances, qui ne seraient pas indiquées exactement et énumérées distinctement dans l'acte, réserve faite des cas où ces créances dériveraient d'une source commune, se rattacheraient par exemple à une gestion d'affaires. Le premier cas examiné ne souffre donc aucune difficulté, mais la situation se complique en présence de créances à terme ou conditionnelles ou futures.

Quelles sont alors les mesures prises par le Code pour assurer la spécialité ?

Commençons par une définition exacte des termes employés, et précisons le sens des mots « créance à terme », « créance conditionnelle », « créance future ».

La *créance à terme* suppose un droit actuel dans son existence, mais retardé dans son exigibilité ou limité dans sa durée. Le terme est un délai qui suspend l'exigibilité ou qui résout l'existence même de la dette.

Dans le terme suspensif, le créancier devra attendre pour recevoir, à une époque qu'il peut ignorer mais dont l'échéance est fatale, le paiement

d'une somme dont l'existence et l'étendue ne font pas de doute. Dans le terme résolutoire, le créancier peut réclamer de suite le paiement d'une créance dont l'étendue est connue, mais dont l'existence n'aura sûrement qu'une durée limitée.

Dans la condition suspensive, le créancier dont l'étendue du droit peut d'ailleurs être dès maintenant fixée, devra attendre pour recevoir paiement, l'arrivée hypothétique d'un événement qui peut ne jamais se produire. L'incertitude est la caractéristique de son droit : les parties se sont cependant engagées dès le début pour le cas où la condition se réaliserait ; elles ne peuvent se soustraire aux conséquences de l'engagement pris.

Dans la condition résolutoire, le créancier, dont l'existence et l'étendue du droit sont, dès à présent, fixée, voit l'existence et le maintien de son droit à la merci d'un événement dont il ne peut prévoir la date, et dont l'arrivée même n'est pas certaine.

Dans ces quatre cas, le droit a une existence soit actuelle, soit virtuelle (1). Il en va tout autrement en matière de créance future : l'existence n'y est qu'éventuelle, nul élément d'obligation n'existe pour l'instant ; les parties prévoient une obligation qui ne se réalisera peut-être jamais (elle n'est pas à terme)

---

(1) Comp. Jourdan : *Études de droit romain : l'hypothèque*, p. 213 à 226.

et dont un seul événement *précis* ne viendra prouver la réalisation (elle n'est pas conditionnelle), une obligation en un mot, qui est dans les contingents futurs.

Il est clair que pareille dette ne se conçoit guère *in abstracto* ; ce n'est pas à une obligation quelconque que les parties songaient ; c'est à telle obligation, à celle à naître du prêt que vous me ferez ; par exemple, je vous ouvre un crédit jusqu'à concurrence de 10.000 francs ; l'obligation n'a aucune existence, sans doute ; elle se réalisera seulement le jour où vous viendrez me demander de l'argent. Mais nous avons prévu ici un événement de réalisation très vraisemblable ; on peut dire que l'obligation a pris sa source bien que le droit n'ait d'ailleurs aucune existence même virtuelle. Il n'y a pas terme, et cependant l'échéance arrivera probablement. Il n'y a pas condition, et cependant la naissance du droit est moins aléatoire qu'au cas de condition. Le lien obligatoire n'existe pas ; mais un effet juridique est produit : l'événement qui engendrera le droit, est né. Le crédit est ouvert, par exemple ; il ne restera plus qu'à le réaliser.

Ces notions abstraites données, et dont on verra plus loin la nécessité, revenons à notre article 2132.

Son alinéa premier paraît exclure, sauf pour la créance à terme, toute hypothèque possible pour les

créances dont nous venons de donner la définition juridique.

Mais l'alinéa final corrige ce que la première partie de l'article avait de trop absolu. Il en résulte que l'hypothèque peut être stipulée pour garantir toute espèce d'engagement de donner, de faire ou de ne pas faire ; et que ce qui est seulement exclu c'est l'hypothèque affectée à la sûreté d'une créance insusceptible d'être jamais déterminée ou certaine. L'hypothèque est possible pour garantir des créances même incertaines et indéterminées actuellement, pourvu que dans la suite elles deviennent sans aucun doute, liquides, certaines, déterminées. Le Code, d'ailleurs, ne fait ici qu'appliquer un principe qu'il a posé plus haut dans l'article 1129 : « *Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à l'espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée* ».

L'article 2132 *in fine* est d'ailleurs très incorrectement rédigé. Nous ne voulons pas, pour l'instant, critiquer ses dispositions qui n'exigent aucune énonciation dans l'acte constitutif pour les créances qui nous occupent ; nous aurons plus loin à revenir sur ce point. Nous nous en prenons à l'exigence d'une évaluation du montant de la créance, faite par le créancier dans le bordereau d'inscription. Cette évaluation est très justement exigée s'il s'agit d'une créance indéterminée, mais comment la comprendre

au cas de créance conditionnelle dont le montant peut être déterminé. Il y a là certainement un vice de rédaction : la même phrase englobe les créances conditionnelles quant à leur existence, et indéterminées quant à leur valeur. Le même sort ne peut pourtant pas être fait à ces deux sortes d'obligations qui sont tout à fait distinctes : une créance bien que conditionnelle dans son existence, peut fort bien n'être pas indéterminée quant à sa valeur : par exemple, vous me promettez mille francs si tel navire arrive au port avant telle date ; c'est là une créance déterminée ; le montant en est fixé ; que parle-t-on d'une évaluation à faire dans l'inscription ? On n'aura qu'une indication à insérer dans le bordereau : celle du caractère conditionnel de la créance ; cela seul importe aux tiers.

D'ailleurs, par suite du caractère incertain de la condition, toute estimation supposant la fixation d'un chiffre précis serait fautive. En matière de condition, la créance vaut tout ou elle ne vaut rien. On ne peut se livrer à un calcul des probabilités sur les chances que l'événement a d'arriver ou de ne pas arriver. Ce serait subordonner l'estimation de la créance à un arbitraire complet. Estimer par exemple à 500 francs une créance conditionnelle de 1.000 francs, c'est indiquer un chiffre trop fort si la condition ne se réalise pas ; trop faible si elle se réalise, car dans le premier cas l'hypothèque atta-

chée à la créance tombera dans le vide et disparaîtra avec l'obligation principale dont elle est l'accessoire; et dans le second cas, c'est pour la somme totale dont l'hypothèque doit garantir le paiement, c'est pour le montant exact de la créance, que l'hypothèque doit être requise, car elle doit conserver le droit de préférence pour l'intégralité de la créance.

Inversement, il se peut qu'une créance soit certaine dans son existence, mais incertaine, ou plutôt pour nous servir des expressions de l'article 2132, indéterminée dans son quantum. Vous avez par exemple, par votre faute, incendié ma maison; vous me devez certainement la réparation du dommage; mais le montant du préjudice dépend d'une expertise à faire.

Autre exemple : il m'a été légué une rente viagère de 1.000 francs, dont le paiement est à votre charge. Vous êtes mon débiteur, cela n'est pas douteux; mais de combien ? La date seule de ma mort fixera ce chiffre.

Pour arriver à spécialiser la créance, une évaluation est nécessaire. En matière de rente viagère, il importera que l'inscription (article 2148) prise pour sûreté de la rente, fixe les tiers sur le capital estimé nécessaire pour assurer le service de la rente pendant la vie de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. Il importe pour le crédit du débiteur que le chiffre jusqu'à concurrence duquel

le créancier entend, s'il y a lieu, exercer l'hypothèque soit connu.

De ce qu'il faille distinguer la créance conditionnelle de la créance indéterminée, il ne faut pas conclure qu'il n'existe pas de créances à la fois conditionnelles et indéterminées; bien au contraire, l'indétermination résultera souvent de l'incertitude de la créance. C'est précisément ce qui a trompé le législateur; il a pris le *id quod plerumque fit* pour le cas unique. Ainsi, la créance conditionnelle que l'on peut avoir contre une compagnie d'assurances avant tout sinistre, est à la fois conditionnelle et indéterminée: conditionnelle, le sinistre est aléatoire; indéterminée, on ignore l'étendue du sinistre s'il se produit.

En résumé, pour appliquer la loi non dans sa lettre (ce qui ne se peut ici), mais dans son véritable esprit il faut classer d'un côté les créances conditionnelles d'une somme déterminée, et d'un autre côté les créances indéterminées qu'elles soient ou non conditionnelles.

Les créances conditionnelles déterminées seront hypothéquées pour leur valeur nominale; si cependant on veut à tout prix paraître respecter le texte de la loi, on dira alors en variant la formule, que le créancier devra évaluer sa créance à cette valeur. Mais les tribunaux n'auront dans ce cas aucun droit de réduction; il n'y a pas de chance

que la dette existe pour une somme inférieure (1). Le créancier devra seulement déclarer dans le bordereau et dans l'inscription que l'obligation est conditionnelle, et indiquer quelle est la condition à laquelle est subordonnée le droit du créancier. On ne peut que regretter que le législateur, pour mieux marquer la connexité qui unit la spécialité quant à la créance à la spécialité quant au gage, n'ait pas exigé cette insertion dans l'acte constitutif lui-même. Spécialité et publicité lui ont paru se confondre et concourir au même but. Bien qu'au cas de créance conditionnelle ce fut surtout l'intérêt des tiers qui, en effet, devait le préoccuper, il n'en reste pas moins vrai qu'il était important de dégager l'idée de spécialité de l'idée de publicité. Si le législateur l'avait fait toujours avec netteté, il aurait évité de confondre les deux notions dans des cas où, comme dans l'hypothèque de la créance indéterminée, la confusion n'allait pas sans graves inconvénients. Quoiqu'il en soit, nous admettrons volontiers avec certains auteurs qu'il faut suppléer au silence de la loi et s'attacher à son esprit tel qu'il se dégage de l'ensemble des dispositions de l'article 2132.

L'hypothèque conditionnelle peut-on dire en ce sens, a une existence incertaine, mais elle est

---

(1) Colmet de Santerre, *loc. cit.*, p. 196.

parfaitement déterminée; l'individualisation aura lieu (article 2132 § 1) dans l'acte constitutif lui-même. Le créancier n'aura rien à fixer arbitrairement, après coup, dans l'inscription (1).

Mais en matière de créances indéterminées, notre principe de spécialité reçoit, de par le fait du législateur, une véritable atteinte qui n'est pas sans inconvénients pratiques sérieux (2). Il eut été naturel que la créance fut spécialisée dans l'acte constitutif; la conséquence forcée en était que son évaluation avait lieu, *inter partes*, à l'amiable entre le créancier et le débiteur. Le principe de spécialité étant ainsi satisfait, le principe de publicité aurait, à son tour, été respecté par la spécialité dans l'inscription. Créancier et débiteur auraient spécialisé la créance; les tiers auraient été prévenus de cette spécialisation et ils auraient par l'inscription connu l'atteinte exacte portée au crédit du débiteur.

Laurent met parfaitement en relief ce point important: « La spécialisation de la créance est un élément essentiel du contrat; or, tous les éléments doivent être convenus entre les parties; on ne conçoit pas que le créancier, par sa seule volonté, détermine la somme pour laquelle les biens du

---

(1) Colmet de Santerre, *loc. cit.*, n° 99 bis IV. — Pont, *loc. cit.*, n° 706. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 404.

2) Comp. Troplong, *loc. cit.*, n° 546. — Mourlon, n° 1560. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 277. — Colmet de Santerre, 99 bis, III.

débiteur seront soumis à l'hypothèque, pas plus qu'il ne peut dépendre de lui de déterminer les immeubles qui seront grevés d'hypothèques ». (1)

C'est cependant à cette solution que s'est arrêtée la loi ; sans doute, le débiteur peut contester après coup l'évaluation faite par le créancier dans l'inscription, mais qui ne voit qu'il y a là une véritable source de procès en réduction ? M. Pont a présenté un argument en faveur des dispositions de l'article 2132, mais la portée de cet argument ne suffit pas à balancer les inconvénients considérables de la taxation arbitraire par le créancier, des frais coûteux des instances en réduction, de l'atteinte portée au principe de spécialité. Si l'évaluation de la créance n'a pas été exigée dans l'acte constitutif, dit M. P. Pont, c'est qu'il aurait pu se faire que l'évaluation faite par les parties soit inexacte ; elles ne possèdent pas toujours en effet tous les renseignements nécessaires dès le moment du contrat ; il s'agit, par exemple, d'une créance de dommages-intérêts ; il est difficile de l'apprécier, même après enquête. Et il faut remarquer que l'évaluation faite par les parties dans l'acte, aurait force de loi (article 1134) ; elle fait partie de la Convention. Pas plus que l'hypothèque n'aurait pu voir son assiette

---

(1) Laurent, *loc. cit.*, t. XXX, p. 490.

réduite, même si les biens étaient plus que suffisants pour la garantie de l'obligation, pas plus elle ne pourrait être réduite quant au montant de la créance qu'elle garantit. Il faudrait pour cela que le créancier y consentit dans un acte authentique postérieur (1).

Malgré cet argument exact de M. Pont, nous n'en persistons pas moins à regretter la solution de l'article 2132. Tout au moins, à défaut de l'évaluation, l'acte devra, semble-t-il, contenir, et en pratique il contient toujours, l'indication de la nature de l'obligation (livrer passage, construire une maison), et des modalités qui l'affectent.

Rappelons encore une fois que si l'évaluation faite par le créancier est exagérée et porte une atteinte inutile au crédit du débiteur, en paraissant à tort présenter ses biens comme grevés pour la somme déclarée, le débiteur aura le droit de demander la réduction, suivant les règles établies par les articles 2163 et 2164. C'est là un retour tardif au principe de spécialité : le débiteur n'a été pour rien dans l'évaluation que le créancier seul a faite dans l'inscription ; toute réduction qui tend à mettre l'évaluation en rapport avec le chiffre réel, est un retour au principe de la spécialité (2). N'aurait-il

---

(1) Comp. Pont. *loc. cit.*, n° 706.

(2) Pont, *loc. cit.*, n° 707, p. 142.

pas mieux valu, malgré ce qu'en dit M. Pont, laisser aux parties le soin de fixer elles-mêmes dans l'acte constitutif la valeur de la créance, et dans l'intérêt même du principe de la publicité, respecter le principe de spécialité.

## II. — Hypothèque pour garantie de dettes futures.

Quand on se demande si l'hypothèque peut être consentie pour une dette future, il importe avant tout de déterminer en quel sens on prend le mot : *dette future*. Il n'est pas douteux qu'il est impossible de constituer hypothèque pour la sûreté des dettes quelconques que le futur débiteur pourrait, par la suite et d'une façon indéterminée, contracter envers son futur créancier : telle l'hypothèque par laquelle le constituant qui ne doit rien au créancier lors de l'affectation hypothécaire, garantirait *tout* ce qu'il pourra lui devoir.

Il faut donc entendre par dette future, une dette dont la naissance est attendue par les parties, au jour de l'affectation hypothécaire. Non que le lien obligatoire soit déjà formé, mais il devra se former ; l'événement qui lui donnera naissance est déjà arrivé ; le droit n'est pas né, mais comme nous le disions plus haut, il a pris sa source par l'arrivée de l'événement qui lui permettra de se réaliser plus

tard ; il n'a plus qu'à se réaliser. Ainsi, une promesse de prêt a été faite ; que le débiteur exige la réalisation du prêt, et le droit naîtra. Une ouverture de crédit a été consentie : que le crédit en profite et le droit naîtra.

Qu'on veuille bien se rappeler ce que nous avons dit plus haut de ce droit futur d'existence non actuelle, non pas même virtuelle, simplement éventuelle, mais moins incertain peut-être que le droit conditionnel, de réalisation peut-être moins lente que le droit à terme, et l'on comprendra que nous soyons partisans de l'hypothèque consentie pour dette future. Mais enfin, la question est ou plutôt a été très controversée ; il importe de l'examiner en théorie, et d'en faire l'application, à titre d'exemple, à une opération commerciale très usuelle : l'ouverture de crédit.

Ceux qui rejettent l'idée de la validité de l'hypothèque pour dette future raisonnent ainsi : l'hypothèque, droit accessoire, ne peut préexister à l'obligation principale qu'elle garantit ; or, au jour où l'on prétend faire naître l'hypothèque, la dette n'existe pas puisqu'elle est future ; donc, l'hypothèque ne peut exister.

Que si l'on répond qu'il appartient au débiteur de faire naître l'obligation quand bon lui semble, on objecte l'article 1174 du Code civil, aux termes duquel l'obligation, sous condition potestative de la

part du débiteur, est nulle. Mais l'article 1174 n'a pas à s'appliquer ici ; on n'est pas placé dans le cas qu'il prévoit : celui où la naissance de l'obligation dépend de la pure volonté de celui qui s'engage, ou plutôt se réserve de s'engager.

On ne peut soutenir sérieusement la nullité de l'hypothèque pour sûreté de l'ouverture de crédit, sous prétexte qu'il en résulte une obligation conditionnelle potestative. Autre chose, en effet, est la promesse de prêt faite à un moment où l'obligation n'existe ni comme pure et simple, ni comme conditionnelle ; autre chose, la réalisation ultérieure du prêt par demande du débiteur.

Sans doute le débiteur est libre ou non de réaliser l'obligation en demandant l'argent, mais du jour où il contracte la dette, c'est malgré lui, par la force des choses, en vertu de la promesse faite, que l'obligation hypothécaire prend naissance infailliblement (1).

S'il a constitué des biens en garantie de la dette, il ne dépendra pas de lui, dans ce cas, que ces biens soient ou non hypothéqués : ils le seront par le fait même.

Tout ce que l'on peut faire pour critiquer la validité de l'hypothèque pour dette future, c'est donc

---

(1) En ce sens, Laurent, *loc. cit.*, t. XXX, p. 493. — Lyon-Caen et Renaut : Précis de droit commercial, t. 1, p. 777, note 1.

invoquer la non existence actuelle de l'obligation principale. On sait notre réponse ; un droit éventuel peut mériter garantie plus qu'un droit conditionnel, autant même qu'un droit à terme. Il peut avoir plus de chances de se réaliser ; il peut se réaliser plus vite ; il peut donc avoir une garantie aussi solide.

C'est bien ainsi que le Code raisonne, on n'en peut douter. Il garantit (art. 2135) certaines créances de la femme mariée par une hypothèque qu'il fait remonter à une époque où la créance n'était pas encore née, pourvu que l'événement, source de la créance (le mariage), se soit produit. Il fait remonter l'hypothèque du mineur à la date de l'événement générateur des obligations à naître (l'ouverture de la tutelle) ; de même pour l'hypothèque des comptables, il s'attache à l'entrée en fonctions, événement qui sera la source des dettes futures.

Nous préférons nous en tenir à ce raisonnement que d'invoquer avec M. Paul Pont, le caractère conditionnel de la dette future. Le créancier est obligé, dit cet auteur, envers le débiteur ; la dette naîtra donc par le fait que le débiteur contractera l'obligation ; il y aura, quoiqu'il arrive, une partie obligée ; au début, c'est le créancier ; quant au débiteur, il s'oblige en demandant au créancier l'exécution de son obligation.

« Une convention de cette nature est susceptible d'hypothèque ; si les parties y ont ajouté une con-

vention d'hypothèque, elle est valable, et doit, elle-même, subsister. » (1).

Ce n'est pas là, suivant notre opinion, un système bien exact : l'hypothèque est l'accessoire de l'obligation *contractée par le débiteur* ; peu importe que le créancier soit ou ne soit pas obligé. L'obligation du débiteur n'a pas d'existence actuelle, ni pure et simple, ni à terme, ni même conditionnelle, elle est éventuelle; l'argumentation de M. Paul Pont manque donc de base.

Chaque fois que la jurisprudence a eu à statuer sur la validité d'une hypothèque constituée pour sûreté d'une dette future, c'était dans le cas d'une ouverture de crédit (2). On entend par là : « l'obligation de fournir à un individu des fonds ou des effets négociables pendant un certain temps et pour une somme déterminée. » Selon les conventions des parties, le créateur doit tenir des fonds à la disposition du crédit, escompter ses effets de commerce, payer ou accepter les lettres de change qu'il tire sur lui ; le créateur sera le plus souvent un banquier. L'hypothèque est naturellement destinée à garantir au créateur le remboursement des sommes qu'il a avancées directement ou indirectement, le

---

(1) Pont, *loc. cit.*, n° 711, p. 147.

(2) Voir notamment Cass., 26 janvier 1814 et 10 août 1831. — 21 novembre 1849, Dall. 49, 1.275. — 8 mars 1854, Dall. 54, 1.341.

paiement de leur intérêt au taux convenu, les droits de commission qui peuvent être dus, tant sur l'acte d'ouverture de crédit que sur les sommes réellement avancées. C'est là l'hypothèque garantissant des créances éventuelles, et sa légitimité ne peut faire aucun doute après ce que nous avons dit sur la légitimité de l'hypothèque constituée pour garantie d'une dette future.

Ceux qui s'appuient sur le caractère conditionnel de l'obligation pour valider l'hypothèque pour dette future invoquent ici cet argument, auquel nous renonçons pour notre part : dès le moment de l'ouverture de crédit, le créancier est obligé de tenir les fonds à la disposition du débiteur ; la dette peut naître à tout instant par le fait du débiteur ; même le jour du contrat, le créancier futur peut avoir à remettre la somme ; il est donc, en principe, obligé d'en immobiliser le montant dans sa caisse ; il n'est que juste de faire remonter à cette même date sa garantie.

La Cour de cassation s'est placée sur ce dernier terrain depuis le 21 mars 1849, dans un arrêt qui paraît avoir fixé la jurisprudence dans le sens de la validité de l'hypothèque de l'ouverture de crédit (1).

---

(1) En doctrine, voir sur cette question : Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 281, § 266, texte et note 66. — Laurent, t. XXX, nos 528 et suiv. — Thézard, *des priv. et hypoth.*, n° 69 et suiv.

« Attendu, dit cet arrêt, que celui qui accepte une  
» ouverture de crédit, contracte immédiatement  
» l'obligation de rembourser les sommes qui lui  
» seront délivrées,

» Que cette obligation est autorisée par l'article  
» 1130 du code civil,

» Qu'à la vérité, elle est subordonnée à la réalisation des fonds promis, mais que dès que les fonds  
» sont réalisés, le contrat a toute sa force et doit  
» recevoir son exécution, sans qu'il soit besoin d'un  
» acte nouveau,

» Que ce n'est point là une obligation potestative  
» dans le sens de l'article 1174, mais seulement une  
» obligation conditionnelle autorisée par l'article  
» 1168, sauf réduction aux termes de l'article 2132,  
» pour le cas où la somme promise ne serait pas  
» versée intégralement,

» Qu'il suit de là, qu'à quelque époque que les  
» fonds promis aient été délivrés, l'acte d'ouverture  
» de crédit a dû recevoir son entier effet ; attendu  
» néanmoins que l'arrêt attaqué a refusé de reconnaître la validité même de l'hypothèque, etc. » (1)  
Pour la validité de ces conventions, il est d'ailleurs  
nécessaire qu'elles soient sérieuses et réelles,  
c'est-à-dire qu'elles procurent au crédit (c'est la

---

(1) Cass., 21 mars 1849 : dictionnaire du notariat : hypothèques, n° 454.

cause même de l'obligation) l'avantage d'avoir véritablement à sa portée les sommes promises, s'il fait usage du crédit (1). Serait donc nulle la convention qui permettrait au créditeur d'accepter ou refuser à son choix les demandes d'argent qu'on lui ferait dans la suite dans les limites du crédit.

Toute convention qui se rapproche de l'ouverture de crédit devrait y être assimilée : celle, par exemple, par laquelle l'une des parties s'engage éventuellement à fournir à l'autre des effets, des marchandises, un cautionnement, un aval ; ce qui amène entre elles ce qu'on désigne sous le nom de compte courant. Ainsi, il a été jugé en Belgique, qu'une hypothèque peut être valablement constituée pour sureté d'une ouverture de crédit, réalisée au moyen d'une émission d'obligations hypothécaires au porteur, faite par l'intermédiaire du créditeur (2).

Etant donc admise la validité d'une hypothèque accordée en vue d'une ouverture de crédit, nous devons examiner quelles sont les conditions exigées pour mettre, dans la mesure du possible, cette hypothèque en conformité avec le principe de la spécialité. Nous prendrons d'ailleurs cette hypo-

---

(1) Pont, *Revue critique*, année 1858, t. XII, p. 197.

(2) Bruxelles, 12 Juillet 1880. *Pasicrisie belge*, 1881, p. 145.

thèse comme exemple susceptible de s'appliquer à toute dette future.

L'ouverture du crédit sera faite le plus souvent *pour un temps fixé et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée*. Il y aura donc lieu d'appliquer la première partie de l'article 2132 qui, dans ce cas, pour la constitution régulière de l'hypothèque, exige que le chiffre de la créance soit indiqué dans l'acte ainsi que la somme jusqu'à laquelle l'ouverture de crédit pourras'élever. Il n'est pas d'obstacle théorique à ce que l'ouverture de crédit soit illimitée; c'est alors une créance indéterminée qui sera garantie par l'hypothèque, et il suffira que les sommes garanties soient évaluées dans l'inscription. Mais on comprend aisément qu'en pratique, peu de banquiers consentiront à la réalisation de cette ouverture de crédit illimitée. L'ouverture de crédit est accordée habituellement pour un temps fixe; il faudra dès lors tenir compte du délai indiqué pour arriver à une spécialisation suffisante de la créance; la seule indication de la somme ne pourrait suffire; il importe de faire savoir que l'hypothèque ne garantira que les sommes fournies pendant le délai (1).

Telles sont les énonciations nécessaires dans l'acte

---

(1) En ce sens : Cass. 13 Août 1855. Dall, 56. 1.165. — Cass. 29 Décembre 1880. Dall, 81. 1. 54.

Contra, Rouen, 19 Janvier 1849. Dall, 52. 1. 87.

constitutif en cas d'ouverture de crédit. Mais quant au contrat d'ouverture de crédit lui-même, il peut, comme toute obligation garantie, résulter d'un autre acte authentique ou même d'un acte sous seing privé, que ces actes soient antérieurs ou postérieurs à la constitution d'hypothèque. Même ici, il importe d'observer qu'à raison du caractère commercial que revêt presque toujours l'ouverture de crédit, les règles plus larges en matière de preuve seront suivies. Ce serait évidemment confondre l'obligation principale avec l'hypothèque qui la garantit et n'est qu'un accessoire de cette obligation que de soutenir, avec certains auteurs, la nécessité de constater l'ouverture de crédit par un acte authentique pour que l'hypothèque soit valable (1). En fait, ce serait rendre cette hypothèque impossible, car il est dans l'ouverture de crédit une série d'opérations dont les fluctuations continuelles changent à chaque instant la situation des parties : exiger l'acte authentique, ce serait entraver ces opérations, ou empêcher du moins leur garantie par hypothèque.

Concluons que l'acte contenant ouverture de crédit peut être sous seing privé, et que le principe de spécialité est sauvegardé par l'existence dans l'*acte constitutif d'hypothèque*, des énonciations requises.

---

(1) En ce sens, Laurent, *loc. cit.*, p. 494.

Par une inconséquence beaucoup plus grave encore, confondant la cause de l'hypothèque avec la réalisation de la créance qu'elle garantit, on a été jusqu'à soutenir que la réalité de la numération effectuée, devait être prouvée par acte authentique. L'hypothèque garantit les créances au fur et à mesure qu'elles naissent par suite de la numération, mais de ce que la créance née de la numération est garantie par hypothèque, il ne s'ensuit pas que la preuve de la numération doive avoir lieu par acte authentique. Si la numération a eu lieu, et ceci peut s'établir par les modes de preuve de droit commun, la restitution sera garantie par l'hypothèque, mais ce fait (l'existence de l'hypothèque) ne peut exercer aucune influence sur la preuve à fournir (1).

C'est dans la limite du temps fixé et pour le montant du chiffre que le créancier s'est engagé à fournir, qu'il y a garantie hypothécaire. Il résulte de là que si, lors de sa clôture, le compte constate une créance supérieure à celle dont le chiffre a été porté dans l'acte constitutif, l'excédent ne sera pas garanti par l'hypothèque. De même si le crédit est limité à un temps donné, les sommes fournies après le délai ne seront en rien garanties, et cela même si elles ne

---

(1) Pont, *Revue critique*, *loc. cit.*, p. 205. — Troplong, *loc. cit.*, n° 508. — Boistel, *Cours de droit commercial*, n° 888.

s'élèvent pas, lors de l'expiration du délai, jusqu'au chiffre fixé (1).

Les parties donnent à l'ouverture du crédit une portée et des effets très variés ; il faudra le plus souvent se reporter aux termes du contrat ou à défaut, aux usages, pour savoir ce qu'on a voulu y comprendre et ce qui fait, par conséquent, l'objet de l'hypothèque. Les opérations de l'ouverture de crédit s'établissent le plus souvent par un compte courant et d'après les règles de la comptabilité commerciale. C'est alors sur le solde de ce compte à l'expiration du délai de la durée de l'ouverture de crédit que portera l'hypothèque. Après le délai, les opérations qui continueront entre le créiteur et le crédité, engendreraient des obligations nouvelles, à la garantie desquelles l'affectation serait étrangère (2).

Si l'on suppose une dette du crédité antérieure à la date de l'ouverture de crédit, c'est une question de recherche d'intention, laissée à la discrétion du juge que celle de savoir si l'hypothèque garantit cette dette antérieure (3) ; et cela même si la dette a son origine dans une précédente ouverture de crédit. C'est en se reconnaissant ainsi ce droit à

---

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 266, p. 282.

(2) Voir Baudry et de Loynes, *traité des priv. et hyp.* p. 349.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 266, texte et note 69. — Cass. 29 décembre 1880. Dalloz. 81. 1. 54.

analyser la volonté présumée des parties, que la Cour de cassation, par un arrêt en date du 2 juin 1863 (1), a jugé que si un créancier chirographaire du crédit se faisait subroger aux droits du créancier, il pourrait, en opérant une novation ou en renouvellement de sa créance, obtenir le bénéfice de l'hypothèque attachée à l'ouverture de crédit, comme s'il avait avancé les fonds en exécution du crédit. L'hypothèque consentie en garantie de l'ouverture d'un crédit, en réalisation duquel des effets de commerce ont été souscrits, s'attache à ces effets, et passe de plein droit avec la créance, aux tiers porteurs auxquels les billets sont transférés par endossement (2).

Il n'est pas nécessaire au point de vue de l'existence de la garantie hypothécaire, que ces effets portent mention de l'hypothèque. Mais, en pratique, cette mention sera faite; elle ne pourra que faciliter la négociation des titres. Le projet de réforme hypothécaire de M. Darlan paraît même, en son article 85, vouloir exiger cette mention de l'hypothèque. Il dit, en effet, que « l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert et *mentionnée sur les effets* créés ou négociés en exécution du contrat,

---

(1) Cass., 2 juin 1863. Dall., 63. 1. 337.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 72. — Merlin: Questions de droit: hypoth. § 14. — Toulouse, 18 mars 1885. Dall. 86. 2. 204.

profite aux porteurs jusqu'à concurrence du solde final du compte. »

Mentionnons enfin pour en finir avec l'étude de l'ouverture de crédit dans ses rapports avec notre principe de spécialité, une décision de la Cour de Cassation du 23 Mars 1874, aux termes de laquelle l'hypothèque garantit les effets inscrits après collocation du créancier dans un ordre ouvert sur les biens du crédit, pourvu que ces effets aient été souscrits pour le renouvellement d'effets antérieurs à la collocation (1). La raison en est que cette collocation doit profiter aux tiers porteurs comme l'hypothèque elle-même, à raison de leur qualité de créanciers antérieurs à la collocation.

Reste à nous demander, et c'est là, à vrai dire, plus une question de publicité que de spécialité quel rang il faut assigner à l'hypothèque affectée à la garantie d'une ouverture de crédit ? Faisons tout d'abord remarquer que la question n'est plus controversée qu'en doctrine ; et que la jurisprudence est définitivement fixée sur la solution à donner à la question. Ajoutons que nous ne pouvons passer sous silence l'examen de cette controverse, car pour nous, du moment où l'ouverture de crédit peut être garantie par une hypothèque, il faut admettre

---

(1) Cass. 23 Mars 1874. Dalloz, 74. 1. 316.  
Rouen, 3 Août 1864. Sirey, 66. 2.127.

forcément que l'hypothèque peut être inscrite immédiatement et de plus, qu'elle prend rang à la date de son inscription.

1) Que l'hypothèque puisse être inscrite immédiatement, cela est d'évidence du moment où l'on admet qu'elle est valable ; ce point est acquis pour nous et a été démontré. Cette inscription n'est que la conséquence de l'hypothèque : elle est prise dès le contrat, mais ne produira d'effet que si l'ouverture de crédit est réalisée.

2) Que l'hypothèque inscrite prenne rang à la date de son inscription et non au jour de la réalisation effective du crédit : mais c'est pour nous l'intérêt principal qu'il y avait à déclarer l'hypothèque valable dès l'ouverture de crédit. Que veut-on en effet en constituant l'hypothèque, au jour de l'ouverture de crédit, sinon empêcher que dans l'intervalle de temps qui s'écoule du jour où le créancier s'oblige à fournir le crédit jusqu'au jour où le débiteur lui demande de tenir sa promesse, d'autres hypothèques *préférables à la sienne*, puissent naître ou être consenties. Et que faut-il pour que ce but qui est encore une fois la raison d'être même de la constitution d'hypothèque au jour de l'ouverture de crédit soit atteint ; que faut-il sinon que l'hypothèque voit son droit de préférence assuré par le rang pris au jour même de cette ouverture ? C'est l'avantage d'un régime soumis à la publicité de

permettre, grâce à l'inscription, d'avertir les tiers de l'existence, et partant de l'efficacité de l'hypothèque une fois inscrite ; dans l'ancien droit, par suite du caractère occulte de l'hypothèque, il fallait dans l'intérêt du tiers qu'un fait matériel, le versement remplaça l'inscription (1). Nous avouons ne comprendre que difficilement l'opinion de certains auteurs qui exigent qu'un versement réel ait été fait pour que l'hypothèque produise son effet et qui vont même parfois jusqu'à soutenir qu'elle ne prendrait naissance qu'au fur et à mesure des divers versements effectués. Il faudrait donc autant d'inscriptions que d'avances faites (2).

On peut aussi invoquer le caractère conditionnel de l'obligation contractée par le créateur dès le jour de l'ouverture de crédit. Et ceci est sans inconvénient, du moment que l'on a, comme nous l'avons fait, reconnu pour des motifs indépendants, la validité de l'hypothèque garantissant l'ouverture de crédit. Nous nous sommes refusés à nous appuyer sur l'existence conditionnelle de l'obligation du créateur pour admettre la validité de l'hypothèque ; mais une fois cette validité admise, nous sommes

---

(1) Voir Pothier (de l'hypothèque n° 62). — Domat, lois civiles, livre III, titre I, section I, art. 4.

(2) En ce sens, Merlin : questions de droit : hypoth. ch. 1<sup>er</sup>, section III. — Troplong, loc. cit., p. 479 et 480.

fondés à dire : dès le jour du contrat, le créiteur est conditionnellement obligé ; or, en vertu de l'article 1179 du Code civil, une telle obligation a un effet rétroactif ; donc, les divers versements faits par le créiteur remonteront au jour du contrat, et l'hypothèque valable dès cette époque, remontera elle aussi pour le total de ces versements jusqu'au jour du contrat (1).

Que l'on veuille bien voir enfin quels inconvénients pratiques présente le système qui ne fait dater l'hypothèque que du jour des versements réellement effectués ; avant chaque délivrance de fonds, le créancier devra requérir un état d'inscriptions pour s'assurer qu'aucune hypothèque ne prime la sienne. C'est là un résultat incompatible avec la célérité nécessaire aux transactions commerciales et contraire au but poursuivi par les parties. L'ouverture de crédit perdrait toute utilité et on ne trouverait plus de créiteur, si ce dernier était obligé, à la moindre avance, de procéder à la vérification de l'état hypothécaire actuel de son débiteur.

Disons donc que la loi fait, pour l'ouverture de crédit, ce qu'elle a fait pour la tutelle, pour le mariage ; et que l'hypothèque conventionnelle remonte ici au jour de l'ouverture de crédit, source

---

(1) Lire à ce sujet : Les observations de la faculté de droit de Strasbourg.—Doc. hypothécaires de Merlin, tome III, p. 146 et suiv.

des avances à faire, et qu'elle produit effet par l'inscription prise à cette époque, comme l'hypothèque légale remonte au jour où se produit l'événement, source des créances à naître, indépendamment de toute inscription.

Le législateur aurait dû prendre une disposition d'ensemble et donner une formule qui mette fin aux controverses. La loi du 21 juin 1853, relative aux prêts faits par le Crédit foncier, est intervenue dans ce sens. Son article 4 porte que l'hypothèque consentie par une société de crédit foncier, par le contrat conditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription, quoique les valeurs soient remises postérieurement. C'est un cas voisin du nôtre, et qui procède directement de l'idée générale que nous avons essayé de dégager.

### III. — Cas où l'évaluation de la créance devient insuffisante.

L'article 2131 nous a conduit à l'examen de la question des mesures à prendre, au cas d'insuffisance des immeubles constitués en hypothèque : supplément d'hypothèque ou remboursement de la créance. Si nous recherchons dans l'étude de la spécialité quant à la créance, ce qui peut correspondre à cette question, nous rencontrons le cas où

l'évaluation donnée à une créance indéterminée est devenue insuffisante.

L'article 2164 prévoit la difficulté et dit que « de nouvelles inscriptions devront être prises avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une plus forte somme ».

Nous comprenons à merveille cette solution qui est commandée par le régime de publicité. L'hypothèque ne doit prendre rang qu'au jour de son inscription, car les tiers qui, depuis la première inscription, auront acquis des droits sur l'immeuble, ne doivent pas être trompés et ont un droit d'antériorité qui doit être respecté.

Mais nous n'en regrettons cependant pas moins, ce qui eut été une sage application du principe de spécialité, que la loi n'ait pas exigé que dans l'acte constitutif même, la créance soit évaluée par les parties d'accord sur ce point au jour du contrat (1).

Quoiqu'il en soit, dans le régime actuel, le créancier n'aura qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir fait une évaluation trop faible. Au surplus, c'est le danger opposé (celui d'une évaluation supérieure) qui est à craindre, ce qui ne vaut guère mieux. Pour éviter ce péril d'une appréciation trop

---

(1) Voir plus haut, pages 160 et suiv.

faible, le créancier fera toujours une évaluation exagérée ; il provoquera alors les réclamations du débiteur et l'exercice d'une instance en réduction : argument de plus en faveur de l'évaluation faite d'un commun accord par les parties au jour du contrat.

#### IV. — Extension de l'hypothèque aux accessoires de la créance

Dans l'étude de la spécialité quant au gage, nous avons été conduits à nous occuper de l'extension de l'hypothèque à tous les accessoires de l'immeuble hypothéqué ; cette extension existe-t-elle en ce qui concerne les accessoires de la créance garantie ?

En principe, la règle est la même : l'hypothèque établie pour sûreté d'une créance en comprend tous les accessoires. Pour cela, point n'est besoin de convention nouvelle ; l'hypothèque les garantira quels que soient leur étendue et leur nombre : arrérages de rente, intérêts des capitaux, dommages-intérêts, coût de l'inscription hypothécaire, droits d'enregistrement avancés par le créancier, frais de la réalisation du gage et de la procédure d'ordre.

Mais pareille accumulation d'accessoires pourrait nuire aux tiers, c'est-à-dire en l'espèce aux créanciers postérieurs, qui n'auraient connaissance que

de l'inscription prise. Aussi faut-il, si l'on veut que les accessoires soient garantis au même rang que le capital, que l'inscription en indique le montant ou en donne l'évaluation : ce n'est qu'une application de l'article 2132 (1). Il ne suffirait même pas qu'ils soient indiqués pour mémoire (2).

Cependant, il est des accessoires qui n'ont pas besoin, par exception, d'être mentionnés dans l'inscription et qui, de plein droit, sont colloqués au rang de l'inscription primitive : ce sont les intérêts, mais jusqu'à concurrence de trois années seulement ; encore faut-il que l'inscription mentionne que le principal est productif d'intérêts et à quel taux. Ce dernier point a été réglé à nouveau par la loi du 17 juin 1893, qui a modifié l'article 2151 du code civil, dans les termes suivants : « Le créancier privilégié dont le titre a été inscrit ou transcrit, ou le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a le droit d'être colloqué pour trois années seulement au même rang que le principal sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par la transcription ou l'inscription primitive. »

---

(1) En ce sens, Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 340.

(2) Comp. Fourmeaux : Du mode de publicité des hypothèques (thèse), page 128.

## CHAPITRE IV

### LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Presque toutes les législations étrangères ont adopté le principe de la spécialité des hypothèques, et la plupart l'ont non seulement appliqué aux hypothèques conventionnelles, mais aussi, dans les pays où elles existent, aux hypothèques légales et judiciaires.

Nous ne parlerons que pour mémoire des pays qui ont adopté le régime hypothécaire germanique, dans lequel la spécialité de l'hypothèque est absolue, car elle s'y rattache par un lien nécessaire à la constitution même. Alors que dans le système français et dans ceux qui s'en rapprochent, la constitution d'hypothèque est tout à fait indépendante de la publicité, et que cette publicité consiste dans des formalités qui, loin de faire acquérir des droits nouveaux, ne procurent même pas la preuve des droits déjà acquis qu'elles révèlent ;

en **Allemagne** (1), la constitution se confond avec la publicité, au point que cette publicité est un élément essentiel de la constitution, et qu'on ne devient titulaire du droit hypothécaire qu'à la condition d'être inscrit comme créancier sur un registre. L'inscription ou *eintragung* étant nécessairement spéciale, ce procédé entraîne comme conséquence nécessaire et directe, la spécialité de l'hypothèque. Elle consiste dans l'inscription du propriétaire constituant et du créancier sur un registre public où chaque fonds a un feuillet spécial, destiné à recevoir la mention de tous les droits réels qui le grèvent ou le modifient. Ce registre est le *Grundbuch*. L'inscription qui y est faite spécialise le bien affecté, puisqu'elle est portée au feuillet spécial de ce bien, et elle doit énoncer l'étendue de l'obligation garantie; les hypothèques générales ne peuvent donc exister avec ce système (2). Au *Grundbuch* ou registre foncier correspond le *Flürrbuch* ou livre territorial, qui contient la description de l'état matériel du sol. Une concordance rigoureuse existe entre les deux

---

(1) La législation sur ce point est actuellement établie par une loi prussienne du 5 Mai 1872. (Lehr, droit civil germanique, t. I, n° 109 à 119). Cette loi est presque entièrement reproduite dans le nouveau Code civil allemand du 18 Août 1896, qui aura force de loi dans l'empire le 1<sup>er</sup> Janvier 1900. (Voir traduction de Meulenaere, Paris, 1897).

(2) Lehr : Droit civil germanique, n° 111.

registres (1). Tel est le système allemand sur lequel nous ne nous étendrons pas plus, cette question y étant plus une question de publicité que de spécialité (2).

L'**Autriche-Hongrie** a un régime hypothécaire analogue depuis la loi du 25 Juillet 1871 (3).

L'**Alsace-Lorraine** n'est pas encore soumise au régime hypothécaire de l'Allemagne, bien qu'on l'achemine vers cette voie (4); elle est actuellement régie sur ce point, par deux lois spéciales : la première du 24 Juillet 1889 pour les communes où la révision du cadastre n'a pas été faite et celle du 22 Juin 1892 pour les autres communes (5).

En **Suède**, le principe de la spécialité est appliqué d'une manière absolue, la loi n'admettant aucune hypothèque tacite, générale ou indéterminée.

Au cas particulier où une hypothèque est consentie sur plusieurs immeubles déterminés, l'ordonnance du 16 Juin 1875 décide qu'elle se répartit sur tous en proportion de leur valeur, et que le créancier ne pourrait la faire porter uniquement sur un seul de

---

(1) C'est en vue d'établir une concordance analogue, que tant d'économistes français réclament la révision du cadastre.

(2) Pour plus de détails, consulter Fourmeaux, *loc. cit.*, pp. 207 et suiv.

(3) Annuaire de législation étrangère, 1875, pp. 232 et suiv., 286 et suiv.

(4) Voir page 185, note 1.

(5) Annuaire de législation étrangère, 1892, pages 331 et suiv.

ces biens, de telle sorte qu'il rende inefficace une hypothèque postérieure portant sur ce bien (1).

Il y a nécessairement spécialité, en **Russie**, car l'acte constitutif d'hypothèque appelé acte d'engagement, ne vaut que par sa confirmation sur les registres fonciers faite par le notaire en chef de l'arrondissement. Il contient essentiellement outre la désignation exacte des parties, l'indication de la somme garantie et des immeubles affectés (2).

Si plusieurs immeubles sont hypothéqués en même temps, l'obligation se divise proportionnellement entre eux ; il doit être fait pour chacun un acte d'engagement spécial, ou s'il n'en est dressé qu'un, il faut y indiquer à quelle partie de la dette chaque immeuble est spécialement affecté.

Ce système n'a pas cependant les avantages de la spécialité, car, par le seul fait qu'un immeuble est hypothéqué, même pour une somme très inférieure à sa valeur, il est réputé non libre et ne peut plus être affecté à la garantie d'autres dettes. Il n'y a, à cette règle, qu'une exception : c'est l'hypothèse où la première hypothèque a été consentie en faveur d'un établissement de crédit ; dans ce cas, l'on peut

---

(1) Voir pour plus de détail, de la Grasserie : les Codes civils suédois. — Annuaire de législation étrangère, 1876, pages 803 et suiv. ; — 1883, page 837.

(2) Loi du 19 mai 1882. Annuaire de législation étrangère, 1882, pages 685 et suiv.

en donner de subséquentes à la condition de prévenir l'établissement créancier (1).

Les *provinces baltiques de Livonie et de Courlande* sont soumises à une législation spéciale : on y admet les hypothèques générales, immobilières et mobilières. Elles ne sont d'ailleurs pas occultes et ne deviennent opposables aux tiers que par l'inscription ; cette inscription peut porter, dès le début, sur les biens à venir.

Le *code civil* du **Portugal**, promulgué en 1867, a décidé que les hypothèques volontaires ne peuvent grever que les biens certains et déterminés ; et ce, pour une somme fixe et déterminée au moins approximativement (article 911), et que l'hypothèque s'étend aux accessoires naturels, aux améliorations faites aux frais du débiteur..., aux indemnités dues par les assureurs ou à raison d'expropriations ou de dommages causés.

L'**Espagne** n'admet pas plus d'hypothèque générale (voir articles 9 et 12 de la loi du 8 février 1861) (2) ; non plus que le **Brésil** depuis la loi du 5 octobre 1885.

En **Italie**, l'article 1979 du Code civil de 1865, qui est si souvent invoqué quand il est question d'une

---

(1) Conf. Lehr. *Éléments de droit civil russe*.

(2) Pour plus de détails, voir Lehr : *Droit civil espagnol*, nos 413 et suiv.

refonte du Code civil français, exige que l'immeuble soit désigné par sa nature et sa situation, mais il entre dans le détail et dit que cette situation devra être déterminée « par l'indication de la commune où il se trouve, du numéro du cadastre ou des plans s'il en existe, et trois au moins des tenants et aboutissants ».

L'article 1977 prohibe l'hypothèque conventionnelle des biens à venir d'une façon absolue, et dans l'article 1980 nous ne retrouvons pas matière à discussion comme dans l'article 2131 du Code civil français dont il est le correspondant. Cet article donne au créancier le droit « à un supplément d'hypothèque ou à défaut, au paiement de sa créance ». Le créancier doit donc d'abord poursuivre un supplément d'hypothèque, mais le débiteur peut lui refuser ou ne pas avoir le moyen de le lui donner ; il y a alors seulement lieu au paiement.

Quant à la détermination de la créance garantie, on s'en est tenu au système français qui n'exige pas l'évaluation d'une créance indéterminée dans le titre constitutif, mais s'en contente dans le bordereau rédigé pour l'inscription (1).

La **Suisse** compte vingt-neuf législations hypothécaires différentes, mais toutes s'accordent à

---

(1) Huc et Orsier : Le Code civil italien et le Code Napoléon, tome II — Code civil italien du 2 avril 1865 (traduction Orsier).

appliquer le principe de la spécialité, sauf celle du Tessin, et à repousser toute hypothèque des biens à venir, sauf celles du Tessin et de Genève.

Notons seulement ici quelques dispositions intéressantes :

Le Code du canton de *Neufchatel* a si grand souci que le bien hypothéqué soit toujours exactement spécialisé, qu'il décide que, si après la constitution, les immeubles ont éprouvé de tels changements, soit dans leur nature, soit dans leurs limites, qu'ils ne puissent plus être facilement reconnus, le créancier est en droit de demander une nouvelle désignation qui est faite non seulement dans l'inscription, mais par acte authentique à frais communs entre le débiteur et le créancier, et transcrite sur le registre de la conservation des hypothèques (1).

La loi *genevoise* du 5 novembre 1864, celle de *Berne* du 30 octobre 1881 sur l'assurance immobilière en cas d'incendie, prescrivent que la répartition de l'indemnité due par les compagnies doit se faire d'abord de plein droit entre les créanciers inscrits suivant leurs droits. C'est le progrès qui ne fut réalisé en France qu'en 1889.

Pour le cas de dégradation, les Codes civils des

---

(1) Virgile Rossel, Manuel de droit civil de la Suisse romande, p. 472 et suiv. — Annuaire de législ. étrangère, 1885, p. 536. — 1888, p. 677.

cantons de *Vaud* et du *Valais* décident, comme beaucoup d'autres, que le créancier pourra agir pour obtenir un supplément d'hypothèque, ou à défaut poursuivre son remboursement; mais ils sont remarquables en ce qu'ils donnent le même droit au créancier au cas où l'immeuble hypothéqué devient soumis à un privilège préférable à l'hypothèque, à moins que le débiteur n'affranchisse l'immeuble de ce privilège.

Notons aussi que la spécialité de la créance est absolue dans beaucoup de législations suisses, notamment dans les cantons où il est défendu au propriétaire d'emprunter hypothécairement une somme supérieure au montant de l'estimation de l'immeuble grevé, et même dans certains, aux trois quarts de cette estimation; évaluation qui est faite par des experts qui sont parfois responsables de leurs erreurs d'appréciation.

Un des derniers Codes civils promulgués, celui du **Japon**, qui date de 1890, interdit aussi toute constitution d'hypothèque générale; celle même spéciale sur les biens à venir du débiteur l'est également (1).

Il faut mettre à part le régime **anglais** où, en matière hypothécaire, on en est encore au vieux droit normand suivant lequel l'hypothèque se

---

(1) Voir sur ce point Boissonnade : Code civil japonais, articles 207 et suiv., p. 441 et suiv.

constitue sous la forme d'une vente à reméré, procédé connu sous le nom de mort-gage (1). C'est aussi le procédé usité en **Danemarck**.

Il consiste en un transfert de propriété au créancier, transfert auquel le débiteur ne peut mettre fin qu'en remboursant le principal de la créance, les intérêts et les frais. Il est donc nécessairement spécial quant aux biens engagés et ne reste général que pour la créance (2).

Nous clôturons cet examen sommaire des législations étrangères par un aperçu de la législation **Belge**, qui a été modifiée sur ce point par une loi du 16 décembre 1851 (3).

L'article 78 de cette loi reproduit à peu de chose près l'article 2129 du Code civil ; le sens en est identique ; il s'abstient même de dire que chacun de tous les biens du débiteur peut être nominativement soumis à l'hypothèque, disposition qui a été jugée inutile. La fin de l'article prohibe, en général, l'hypothèque des biens à venir ; et comme la loi belge ne reproduit pas l'exception de l'article 2130 du Code, la prohibition reste absolue. La législation belge est en cela conforme à toutes les législations

---

(1) Pavitt, Droit anglais codifié.

(2) Lehr : Eléments de droit civil anglais, p. 358 et 509.

(3) Antoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils*, tome II, n° 55.

que nous avons passées en revue plus haut, et qui toutes, sauf celles des provinces baltiques et du canton du Tessin, ne contiennent aucune disposition de ce genre.

L'article 79 de la loi belge reproduit l'article 2131 pour le cas de dégradation; mais ce que l'ancien article ne faisait pas, il tranche la question de savoir si le créancier peut poursuivre directement un supplément d'hypothèque, en décidant que « le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque si la perte ou les dégradations ont eu lieu sans sa faute. » C'est une faculté pour le débiteur, ce n'est pas un droit pour le créancier (1).

Quant à la spécialité de la créance, si l'article 80 de cette loi reproduit la disposition de notre article 2132 : « l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée dans l'acte; » elle ne la fait pas suivre des mêmes règles concernant les créances conditionnelles ou indéterminées. Dans le cas de créance indéterminée, la loi en veut la spécialisation dans l'acte, par une évaluation faite de concert entre le créancier et le débiteur : on évite ainsi les contestations, l'évaluation étant l'œuvre de

---

(1) En l'absence d'un texte formel, nous avons cru devoir, sous l'article 2131, trancher la question dans un sens contraire à celui donné par le législateur belge. Voir plus haut, pages 124 et suiv.

la volonté commune des parties. C'est un progrès que n'a pas réalisé le Code italien de 1865 comme nous l'avons vu plus haut. Pour les créances conditionnelles, au lieu de l'évaluation dont parlait à tort le Code civil, on indiquera leur valeur, qui est connue lors de l'acte, et il suffira de mentionner la condition dans l'inscription.

L'article 80 se termine par cette phrase : « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, à concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige à fournir, est valable ». C'est trancher législativement un point qui ne l'a pas encore été en France, bien que la validité d'une telle hypothèque n'y fasse plus de doute pour personne. Cette hypothèque reste soumise au droit commun, car l'article 80 ne contient pas d'autres dispositions à cet égard ; il faudra donc que la somme garantie soit déterminée dans l'acte.

Telles sont les dispositions de la loi belge (1) en ce qui concerne la spécialité ; on doit lui reconnaître l'avantage d'avoir tranché quelques questions controversées, pour la solution desquelles la jurisprudence française en est toujours à attendre des indications législatives.

---

(1) Comp. sur ce point Laurent, p. 488 et suiv., n° 523 et suiv.

## CONCLUSION

Le principe de spécialité a pour but de forcer les intéressés à fixer exactement le montant de la garantie hypothécaire.

A cet effet, d'une part, il assure au débiteur l'entière liberté de l'ensemble de son patrimoine immobilier, à l'exception du seul bien spécialement affecté à la garantie de la créance : la spécialité forme, en ce sens, obstacle à l'hypothèque générale.

Mais, d'autre part aussi, le principe de spécialité a pour but et pour fonction propre d'assurer, entre le débiteur et le créancier, la détermination exacte de l'immeuble sur lequel porte l'hypothèque et de la somme qu'elle garantit.

En tant qu'il s'oppose à la généralité hypothécaire, notre principe de spécialité tend à se propager de plus en plus et même à absorber totalement, à son profit exclusif, le principe de généralité ; en France, un pas très important est fait dans cette voie par le récent projet de loi sur la réforme hypothécaire, présenté par M. le Ministre de la Justice. Il réalise à peu près complètement cette idée, qu'il importe, le débiteur fut-il mari, tuteur, frappé par une décision

de justice, d'éviter de grever d'une lourde charge hypothécaire, le patrimoine des propriétaires d'immeubles. Ceux-ci supportent, estime-t-on, des charges déjà des plus lourdes.

Notre intention n'a pas été d'écrire l'histoire de ces progrès successifs de la spécialité hypothécaire qui tend à devenir absolue.

Nous nous sommes bornés à étudier dans les détails de son fonctionnement actuel le principe de spécialité. Pour essayer cependant de donner un peu d'intérêt à cette étude minutieuse, nous nous sommes efforcés de faire voir l'importance qu'il peut y avoir à séparer le rôle de la spécialité d'avec le rôle de la publicité hypothécaire. C'est dans l'acte constitutif d'hypothèque passé entre le débiteur et le créancier que se réalise la spécialité. La publicité rend officielle les conventions intervenues entre les parties ; elle reflète sans doute dans l'inscription qui la réalise, les indications précises que contient l'acte constitutif, en vertu du principe de spécialité, mais elle ne donne pas naissance à l'hypothèque ; elle la confirme seulement et détermine le rang auquel elle aura droit.

Partant de là, nous avons, en chaque cas particulier, essayé de combattre cette idée à laquelle la loi et la jurisprudence surtout, ne sont pas restées assez étrangères, à savoir que la spécialité n'est qu'une annexe, un complément de la publicité, que

tout est sauvegardé, quand le principe de publicité est appliqué.

Remarquons, en terminant que, seul, le système des livres fonciers assurerait, par un seul et même acte, et la publicité et la spécialité hypothécaires. L'hypothèque prendrait alors naissance, et non plus seulement rang, par son inscription sur le feuillet individuel, spécialement affecté à chaque immeuble, sur cette sorte d'acte de l'état-civil dans lequel l'immeuble est minutieusement décrit (spécialité quant au gage) et dans lequel toutes les charges qui le grèvent (spécialité quant à la créance); sont exactement indiquées.

---

VU :

*Le Doyen de la Faculté,*

GARSONNET.

VU :

*Le Président de la thèse,*

PLANIOL.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,*

GRÉARD.

---



## PRINCIPAUX AUTEURS CONSULTÉS

ACCARIAS. — Précis de droit romain, tome premier,  
4<sup>e</sup> édition. Paris, 1886.

ANTOINE DE SAINT-JOSEPH. — Concordance entre les Codes  
civils, 1856, t. II, p. 55.

*Annuaire de législation étrangère.*

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, d'après la  
méthode de Zachariæ, tome troisième, 4<sup>e</sup> édition.  
Paris, 1869.

BASNAGE. — Traité des hypothèques, 2<sup>e</sup> édition. Rouen,  
1689.

BAUDRY et de LOYNES. — Traité théorique et pratique de  
droit civil. — Du nantissement, des privilèges  
et hypothèques, tome II.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, tome  
troisième.

BEAUNE. — Droit coutumier français : Les Contrats.  
Paris, 1889.

COLMET DE SANTERRE. — (Demante continué par)  
Cours analytique de Code civil, tome neuvième.  
Paris, 1880.

DALLOZ périodique.

- DURANTON. — Cours de droit français suivant le Code civil. Bruxelles, 1833.
- ESMEIN. — Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français. Paris, 1883.
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris, 1836.
- FERRIÈRE. — Dictionnaire de droit et de pratique. Paris, 1749.
- GILLARD. — De la constitution de l'hypothèque conventionnelle. Paris, 1891,
- GUILLOUARD. — Traité des privilèges et hypothèques, tome premier. Paris, 1896.
- HUC. — Etude sur le régime hypothécaire. Toulouse, 1867.
- JOURDAN (Alfred). — Etudes de droit romain. — L'hypothèque : exposition historique et dogmatique. Paris, 1876.
- LAURENT (F). — Principes de droit civil français, tomes 30 et 31. Bruxelles, 2<sup>e</sup> édition, 1878.
- LEHR. — Droit civil germanique. Paris, 1875. — Droit civil espagnol. Paris, 1880. — Eléments du droit civil anglais. Paris, 1885.
- LYON-CAEN et RENAUT. — Précis de droit commercial, tome premier. Paris, 1885.
- LOCRE. — La législation de la France : commentaire et complément des Codes français.

- MARTIN (du Nord). — Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées (enquête de 1841), tome troisième. Paris, Imprimerie royale, juin 1844.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence Paris, 1827.
- IDEM. — Questions de droit. Paris, an XII.
- MOURLON (Frédéric). — Répétitions écrites sur le Code civil, 12<sup>e</sup> édition, revue et mise au courant par Ch. Demangeat, tome troisième. Paris, 1892.
- PELLAT (C.-A.). — Traité succinct du droit de gage et d'hypothèque chez les Romains (traduit de l'allemand). Paris, 1840.
- PERSIL (J.-C.). — Commentaire sur le régime hypothécaire, tome premier, 3<sup>e</sup> édition. Paris, 1820.
- PONT (Paul) (continuateur de Marcadé). — Explication théorique et pratique du Code civil, tome 11<sup>e</sup>. Tome deuxième du commentaire des privilèges et hypothèques, 2<sup>e</sup> édition. Paris, 1868.
- POTHIER. — Traité de l'hypothèque, édition de 1777. — Œuvres posthumes, tome III.
- Répertoire général pratique du Notariat de France et d'Algérie, de Defrénois, recueil bi-mensuel.*
- THÉZARD (Léopold). — Du nantissement, des privilèges et hypothèques, et de l'expropriation forcée. Paris, 1880.

TROPLONG. — Droit civil expliqué : Commentaire des privilèges et hypothèques, tome deuxième, 5<sup>e</sup> édition. Paris, 1854.

VIOLLET (Paul). — Histoire du droit civil français, 2<sup>e</sup> édition du précis de l'histoire du droit français, corrigée et augmentée. Paris, 1893.

D'autres ouvrages moins fréquemment cités sont indiqués en note à l'endroit de la citation ou de la référence.



# TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                                                                                                            | <i>Pages</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| INTRODUCTION. . . . .                                                                                                                                                      | 1            |
| CHAPITRE I. — <b>Historique</b> . . . . .                                                                                                                                  | 16           |
| Droit grec. . . . .                                                                                                                                                        | 17           |
| Droit romain. . . . .                                                                                                                                                      | 21           |
| Ancien droit français. . . . .                                                                                                                                             | 27           |
| Droit révolutionnaire . . . . .                                                                                                                                            | 37           |
| CHAPITRE II. — <b>De la spécialité quant au gage.</b> . .                                                                                                                  | 41           |
| I <sup>e</sup> SECTION. — <i>Enonciations requises pour la spécialité quant au gage (art. 2129).</i> . .                                                                   | 43           |
| § 1. — Enonciations nécessaires. . . . .                                                                                                                                   | 43           |
| § 2. — Sanction du défaut d'énonciation . .                                                                                                                                | 65           |
| II <sup>e</sup> SECTION. — <i>Ce qui arrive quand l'immeuble hypothéqué s'améliore (art. 2133).</i> . .                                                                    | 75           |
| III <sup>e</sup> SECTION. — <i>Nécessité de l'existence actuelle du gage hypothécaire. — Exceptions à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir (art. 2130) . .</i> | 86           |
| 1 <sup>o</sup> La constitution des biens à venir ne peut être que subsidiaire. . .                                                                                         | 88           |
| 2 <sup>o</sup> Les immeubles présents doivent être insuffisants. . . . .                                                                                                   | 96           |
| 3 <sup>o</sup> L'insuffisance doit être déclarée par le débiteur . . . . .                                                                                                 | 99           |

|                                                                                                                               | <i>Pages</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 4 <sup>e</sup> Constitution expresse des biens<br>à venir. . . . .                                                            | 106          |
| Justification de l'hypothèque des<br>biens à venir . . . . .                                                                  | 114          |
| IV <sup>e</sup> SECTION. — <i>Ce qui arrive quand l'immeuble<br/>hypothéqué se détériore ou périt</i><br>(art. 2131). . . . . | 119          |
| Conditions d'application de l'article<br>2131. . . . .                                                                        | 120          |
| Examen de quelques cas parti-<br>culiers : . . . . .                                                                          | 132          |
| a) Vente de l'immeuble hypothéqué                                                                                             | 132          |
| b) Vente partielle de l'immeuble<br>hypothéqué . . . . .                                                                      | 135          |
| c) Expropriation pour cause d'uti-<br>lité publique. . . . .                                                                  | 137          |
| d) Perte de l'immeuble assuré . .                                                                                             | 138          |
| CHAPITRE III. — <b>De la spécialité quant à la créance</b>                                                                    | 147          |
| § 1. — Enonciations requises pour la spé-<br>cialité quant à la créance . .                                                   | 151          |
| § 2. — Hypothèque pour garantie de dettes<br>futures (ouverture de crédit). .                                                 | 163          |
| § 3. — Cas où l'évaluation de la créance<br>devient insuffisante. . . . .                                                     | 180          |
| § 4. — De l'extension de l'hypothèque aux<br>accessoires de la créance . .                                                    | 182          |
| CHAPITRE IV. — <b>Législations étrangères</b> . . . .                                                                         | 184          |
| CONCLUSION. . . . .                                                                                                           | 195          |
| BIBLIOGRAPHIE. . . . .                                                                                                        | 199          |







